J. pract. 191 fg

Nissen

der

deutschen Civilproceßordnung

Der Entwurf

einer

deutschen Civilproceßordnung

in Vergleichung mit dem sächsischen

von

Dr. Adolph Nissen,
außerordentlichem Professor an der Universität Leipzig.

Leipzig,
Fues's Verlag (L. W. Reisland).
1864.

48 - 1/3 g.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Es wird kaum besonderer Erklärung bedürfen, wenn wir die Aufmerksamkeit für den Entwurf der in Hannover arbeitenden deutschen Civilproceßcommission in Anspruch nehmen. Jedermann, dem nicht das Interesse an unsern öffentlichen Zuständen abgeht, muß eine bestimmte Stellung zu der Frage einnehmen, ob und aus welchen Gründen er einen Erfolg der dortigen Arbeiten erwartet oder nicht.

Was aber uns in Sachsen speciell anlangt, so steigert sich für uns das Interesse ganz vorzüglich dadurch, daß die Regierung dem versammelten Landtage den Entwurf einer sächsischen Civilproceßordnung vorgelegt hat. Schon auf dem zweiten Juristentage sprach der Chef des Justizministeriums sich dahin aus, daß Sachsen, so bereitwillig es zu einer weiteren Durchführung des gemeinsamen Rechts die Hand bieten werde, doch es vorziehe, mit den bereits begonnenen Codificationsarbeiten nicht inne zu halten. In der That ließ für diese Auffassung sich manches geltend machen; ruhte doch damals die Ausführung gemeinsamer Arbeit noch in ziemlich ungewisser Zukunft und konnte kaum Grund bieten, die bereits ziemlich vorgeschrittenen Arbeiten der in Dresden tagenden Commissionen zu unterbrechen, um vielleicht späterhin mit dem etwa nothwendigen Wechsel von Persönlichkeiten und mit der ganzen Erschwerung, welche sich einer solchen Unterbrechung angehängt hätte, sie auf's Neue zu beginnen.

Inzwischen trat die Commission für eine gemeinsame Civilproceßordnung in Hannover zusammen. Freilich arbeitete Preußen

selbstständig seinen Entwurf aus, indeß es war und ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß auch nach dieser Seite hin in der zwölften Stunde noch eine Verständigung erfolge, welche die territoriale Verbreitung des gemeinsamen Gesetzes bis zum durchschlagenden erhöhen würde. Selbst wenn dem aber nicht so wäre und die jetzt in Hannover tagenden Länder das Gesetz allein zur Geltung brächten, selbst dann wird man einen ganz erheblichen Nutzen für deutsche Entwicklung, für Stärkung des nationalen Bewußtseins, für Belebung und Sicherung insbesondere der merkantilen und industriellen Interessen mit Sicherheit erwarten dürfen. Was aber das Fortschreiten der Commissionsarbeiten selbst anbetrifft, so genügt dasselbe nach unserer Ueberzeugung selbst übertriebenen Ansprüchen; bereits liegen 450 Paragraphen, den allgemeinen Theil und das Verfahren erster Instanz umfassend, im Druck vor uns, und wie wir aus guter Quelle wissen, dürfen wir erwarten nach Ablauf von einem Vierteljahre den Entwurf vollendet zu sehen. Freilich nur in erster Lesung, der sich die zweite anschließen soll, nachdem der möglichst große Nutzen aus der öffentlichen Kritik gezogen ist. Allein die Fassung schon dieser ersten Lesung kann unseres Erachtens den Vergleich mit manchen andern Entwürfen geruhig auf sich nehmen und Alles in Allem gerechnet, hätten wir auf jeden Fall zum Herbste des kommenden Jahres einen gediegenen, nach allen Seiten geprüften, von der Kritik gesichteten Entwurf vor uns, welchen die einzelnen Kammern en bloc annehmen oder ablehnen könnten, ohne daß sie veranlaßt wären, einer gründlichen Detailuntersuchung jene Mühe zu widmen, welche die Mitwirkung großer Körperschaften bei solchen Fragen so leicht zu einem zweifelhaften Werthe herabzieht. Ausführliche Ergänzungen durch das bestehende oder entsprechend zu schaffende Particularrecht würden freilich auch dann noch erforderlich bleiben, weil die Commission aus naheliegenden Gründen nicht in jedem Punkte durchgreifende Vorschläge machen wird; aber die Hauptsache bleibt doch, daß nach Ablauf von ein oder zwei Jahren die jetzt zusammen arbeitenden Staaten im Besitz einer

Proceßordnung sein können, bei der Abweichungen lokaler Natur allerdings noch stattfinden würden, die aber doch im Ganzen einen bedeutenden Schritt vorwärts enthielte.

Man sollte denken, das sei eine Sachlage, welche jede Regierung eines deutschen Staates, der es um eine gedeihliche Fortentwickelung unserer Zustände zu thun ist, zur Zeit abhielte, mit Vorschlägen vorzugehen, welche, die in Hannover zu gewinnenden Resultate nicht abwartend, jetzt in aller Eile den Particularismus auf's Neue besiegeln. Wir würden entgegengesetzten Falles nur die eine Erklärung wissen, daß man grade jenen hannoverschen Arbeiten den Werth nur des „schätzbaren Materials" in dem Sinne beilegte, welcher es rathsam erscheinen ließe, keinen Moment der kostbaren Zeit der Berücksichtigung eines Unternehmens zu widmen, welches eben so wenig Aussichten auf praktischen Erfolg als Möglichkeiten brauchbarer Belehrung darböte. Man wird uns nicht bestreiten, daß hierin der preußische Standpunkt im Wesentlichen skizzirt ist, sofern nicht noch jener erst hervorgehobene Wunsch einer Vereinigung beider Commissionen, der preußischen und der deutschen, zu endgültiger Feststellung eines gemeinsamen Entwurfes in Erfüllung gehen sollte.

Damit ist aber offenbar für die Erklärung des Vorgehens der sächsischen Regierung nichts gewonnen. Sie hat sich nicht nur von vorneherein bereitwillig dem Bundesbeschluß auf Einsetzung einer deutschen Civilproceßcommission angeschlossen, sie hat auch fernerhin jede Gelegenheit ergriffen, um sich den Bestrebungen zur einheitlicheren Gestaltung geneigt zu erweisen, ja sie hat sogar den in Sachsen ausgearbeiteten Entwurf durch das sie in Hannover vertretende Mitglied der Commission vorlegen und als eine Grundlage für die deutsche Proceßordnung empfehlen lassen. Trotz alledem erfolgt nunmehr die Vorlage dieses sächsischen Entwurfes bei den Kammern. Man könnte meinen, daß dieser Schritt seine Ursache in der geringen Berücksichtigung habe, die man bei der Bearbeitung des deutschen Entwurfes dem sächsischen angedeihen lasse; daß man sich demnach innerlich von

der hannoverschen Commission losgesagt, nur aus Gründen politischer Decenz sich in ihr noch vertreten lasse. Wir würden solche Auslegung nicht für richtig halten können, weil wir weit entfernt sind, so kleinliche Motive aufzusuchen. Zudem ist in der ersten Kammer, wenn die Zeitungen recht berichtet sind, ausdrücklich die Möglichkeit in Aussicht genommen, daß die deutsche Proceßordnung späterhin ebenfalls zur Annahme den Ständen vorgelegt werde, ja es ist sogar die Ansicht aufgestellt worden, daß der sächsische Entwurf von den gleichen Grundsätzen wie der deutsche ausgehe, daß es somit ohne erhebliche Schwierigkeiten möglich sein werde, das eine Verfahren späterhin mit dem andern zu vertauschen. Wir können nicht annehmen, daß diese Behauptung ernsthaft gemeint gewesen sei. Wenn auch beide Entwürfe von den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens ausgehen, so liegt doch bei der oberflächlichsten Beobachtung sofort zu Tage, wie erstaunlich wenig damit eigentlich hinsichtlich der zahllosen Details gewonnen ist, wie jene Grundsätze in Wahrheit nur einen Rahmen, allerdings von der erheblichsten Bedeutung, bilden, dessen Inhalt aber so zahllose Möglichkeiten zum Guten sowohl als zum Schlechten erleiden kann, daß mit dem Ausgehen von eben diesen leitenden Gesichtspunkten so gut wie gar nichts, eigentlich nichts weiter gesagt ist, als daß beide Entwürfe in der Mitte des neunzehnten Jahrhunderts entstanden sind.

Jemehr wir aber die Verschiedenheiten anerkennen, welche zwischen dem sächsischen und dem deutschen Entwurfe obwalten, desto gewichtiger wird die Frage, ob wir das rasche Aufeinanderfolgen der beiden als Gesetz für wünschenswerth halten können. Unseres Erachtens gerathen die sächsischen Juristen und insbesondere der sächsische Richterstand in eine Lage, die man als Verschüttung durch einen Gesetzessturz bezeichnen könnte. Nicht genug, daß man eben ihnen nicht unerhebliche Abweichungen des bisherigen Proceßrechts vorschrieb, nicht genug, daß die kolossale Arbeit ihnen bevorsteht die leitenden Gedanken eines bürgerlichen Gesetzbuches aufzufinden, nicht genug, daß

man jetzt neue Gerichtsordnung, Concursordnung, Executionsordnung, Proceßordnung ihnen entgegenhält, man eröffnet bei alledem ihnen noch die Aussicht, daß nach etwa Jahresfrist sie mit Leichtigkeit sich in ein neues Verfahren hinein leben würden, welches so von dem ihrigen abweicht, wie es der deutsche Entwurf von dem sächsischen thut. Wahrlich, das wäre übermenschliche Arbeit; wir hoffen fest, daß der sächsische Richterstand diese „Leichtigkeit" nicht hat, weil sie unseres Erachtens zum Nachtheil der streitenden Parteien ausschlagen würde.

Wollte man aus diesen Gründen, denen man doch in der That die Anerkennung nicht versagen kann, so weit gehen, den einmal angenommenen sächsischen Entwurf gegenüber dem deutschen festzuhalten, so wäre das unseres Erachtens nicht minder beklagenswerth. Wir wären in Sachsen ausgeschlossen von der unverkennbaren Wohlthat eines mit unsern Nachbaren gemeinsamen Verfahrens, sächsischer Handel, sächsische Industrie würden erheblich leiden und wir hätten nur den zweifelhaften Trost, in den leitenden Grundsätzen mit jenem Verfahren übereinzustimmen, nachdem wir im Voraus wissen, daß der deutsche Entwurf andere Wege geht als unser sächsischer. Und das, nachdem sächsische Kraft, und nicht zum Geringsten wahrlich, mitthätig gewesen zur schöpferischen Neugestaltung des deutschen Processes.

Wir hatten, ehrlich gestanden, gehofft, daß die Regierung nach der Vollendung der sächsischen Arbeiten innehalten, zu einer Vorlegung an die Stände erst dann schreiten werde, wenn sich die Nutzlosigkeit der selbstgetheilten Arbeit mit dürren Worten aussprechen ließ. So fest waren wir dieser Ueberzeugung, daß wir den vor längerer Zeit schon uns durch dankenswerthe Freundlichkeit zugekommenen sächsischen Entwurf zurücklegten und nur den umfangreichen Arbeiten der hannoverschen Commission aufmerksam folgten. Statt dessen erfolgt gegen alles Erwarten die Vorlage des Entwurfes an den Landtag.

Es scheint ein eigenthümlicher Stern über der sächsischen Gesetzgebung der Jetztzeit zu walten. Man hat die hervorra-

gendsten Capacitäten auf einzelnen Gebieten der Rechtswissenschaft, allein man hört sie nicht; man hat anerkannt tüchtige Gerichte, allein man befragt sie nicht; man arbeitet in stiller Geschäftigkeit und plötzlich stehen die großartigsten, umfassendsten Gesetze da, ihre Existenz als ihre Rechtfertigung vor sich tragend. Von den Kammern wird Niemand eine gründliche Detailprüfung beanspruchen und die wissenschaftliche Kritik hält man thunlichst hintenan durch Kürze der Zeit oder drohenden Hinweis auf das Strafgesetzbuch. Wer, der mehr als oberflächlich mit der sächsischen Gesetzgebung betraut ist, wer wüßte nicht, daß es Jahrhunderte gegeben hat, in welchen es anders war. In welchen man sorgsam sammelte, was sich nur irgend darbot, die größten wissenschaftlichen Autoritäten für die Arbeit zu gewinnen suchte, die Gerichtshöfe des Landes aufforderte, ihre Ansichten und Bedenken auf dem einschlagenden Gebiet zu entwickeln. Wer kannte sie nicht, diese Blüthezeit des sächsischen Rechtes, welches weitaus über die Gränzen des Churstaats glänzende Triumphe feierte, und wen, der nicht alles historischen Sinnes baar ist, wen jammerte es nicht, zu sehen, wie eilfertig heutigen Tages die Enkel mit dem Ruhme ihrer Ahnen schalten.

Wir läugnen nicht, wir haben den lebhaften Wunsch, den vorgelegten Entwurf von den Kammern mindestens zeitweilig abgelehnt zu sehen. Wir wollen dem Ernste, mit welchem er gearbeitet sein mag, sicherlich nicht zu nahe treten, allein es liegt auf der Hand, daß selbst die gewissenhafteste Prüfung aller vorhandenen Vorarbeiten und entsprechenden Gesetze uns nicht im entferntesten die Garantien darbieten kann, welche die Kritik liefert. Wir stehen nicht an, es als unerläßliche Voraussetzung für ein *gutes* Gesetz zu bezeichnen, daß es im Schmelzofen der wissenschaftlichen Kritik einen zweiten Glühproceß durchmache, und gerade weil wir mehr *gute* als *viele* Gesetze für wünschenswerth halten, deshalb ist unserer Ansicht nach die Frage der Civilproceßordnung noch nicht spruchreif und muß bis zu der Zeit vertagt werden, wo die Kritik im Stande gewesen ist, über beide, den säch-

sischen und den deutschen Entwurf und ihr Verhältniß zu einander sich gründlich zu verbreiten. Schon die jüngste Erfahrung, welche wir mit der summarischen Behandlung des bürgerlichen Gesetzbuches gemacht haben, sollte zur Behutsamkeit mahnen; macht man doch die Gesetze nicht nur für kurze Zeit, da darf man auch die kurze Zeit nicht schonen, welche durch rechtzeitige Veröffentlichung und Heraufbeschwören der Kritik wahrlich zum größten Nutzen des Gesetzes und des Volkes verbraucht wird.

Dieser Wunsch, soweit möglich die Ablehnung des sächsischen Entwurfs herbeizuführen, dieser Wunsch legt uns jetzt die Feder in die Hand, um der Besorgniß erregenden Behandlung in der ersten Kammer nach Kräften ein Gegengewicht zu geben. Daß dies nicht von besserer Seite geschieht, als von uns, kann Niemand lebhafter bedauern als wir. — Von einer erschöpfenden Besprechung aber könnte keinenfalls die Rede sein, einmal weil der deutsche Entwurf nicht vollständig vorliegt, sodann weil die Zeit drängt und die verschiedene Gruppirung des Materials ohnehin die Schwierigkeiten der Vergleichung beträchtlich erhöht. Wir werden uns daher darauf beschränken, einzelne Fragen näherer Betrachtung zu unterwerfen; hoffentlich wird uns das Zeugniß zu Theil, daß unser Wunsch unsere Unbefangenheit nicht getrübt hat.

§ 1.

Von der gewichtigsten Bedeutung für den Werth und Charakter des Processes ist die Organisation der Behörden. Was zunächst die Gerichte anbelangt, so dürfen wir es wohl als Axiom hinstellen, daß eine gute Justizpflege die Trennung von Justiz und Verwaltung gebieterisch erheischt und daß wo diese Scheidung noch nicht vollzogen ist, die Durchführung eine wohl zu verschiebende, allein nicht von der Hand zu weisende Aufgabe sein wird, bei der es sich also jedenfalls nur darum fragt, ob sie nicht am besten mit den anderen Neuerungen zugleich in's Leben gerufen wird, statt hinterdrein wieder eine Störung durch sie zu veranlassen.

Der sächsische Entwurf trennt die Justiz und die Administration nicht.

Man ist ferner ziemlich einig darüber, daß als Regel die collegialische Besetzung der Gerichte auch erster Instanz festgehalten werden muß. Damit werden die Gründe, welche für die Einzelrichter sprechen, nicht unterschätzt; aber neben der größern Schnelligkeit, der leichteren Erreichbarkeit und größern Wohlfeilheit der Einzelrichter liegt die Gefahr vor, daß der Einzelrichter seine Kenntniß der gesammten persönlichen und sachlichen Verhältnisse wohl einmal dazu benutzt, um etwas administrative Procedur eintreten zu lassen. Mag man immerhin den großen Nutzen betonen, welchen solcher Einzelrichter durch Verhütung von Processen hervorbringe; uns scheint es besser, wenn diese persönlichen Beziehungen wegfallen und an Stelle des „Richters" das „Gericht" tritt und die größere Neutralität wie der möglichste Ausschluß des Irrthums durch die Discussion herbeigeführt wird.

Die völlige Beseitigung der Einzelrichter ist damit nicht ausgesprochen; für eine ganze Reihe von Rechtsstreitigkeiten ist derselbe fast unerläßlich. Wir brauchen nur auf diejenigen Fälle aufmerksam zu machen, in denen es sich weniger um Rechts**streit** als um Rechts**hülfe** handelt; ebenso wird bei Geringfügigkeit des Objects der durch collegialische Behandlung hervorgerufene Kostenaufwand sowohl im besondern für die Betheiligten als für den Staat in Bezug auf die Geschäftslast außer allem Verhältniß mit dem Werth des Streitobjects stehen; man wird auch diese Sachen daher überall an Einzelrichter weisen. Wir halten auch die häufig erhobenen Bedenken für nicht maßgebend; es ist unserer Ansicht nach unzulässig, für die Lösung dieser Frage den Maßstab aus dem Werthe herzunehmen, der für die streitenden Parteien vorhanden sein mag. Unleugbar ist groß für den Einen, was für den Andern klein ist, aber grade dieser Mangel an Objectivität des Maßes nöthigt uns, die Kehrseite, das **allgemeine** ökonomische Werthverhältniß als Norm anzusehen und die Staatsleistungen dem Staatsinteresse

thunlichst zu parallelisiren. Daß trotzdem hin und wieder der Maßstab nicht nur hart wirkt, sondern vielleicht gar dem Staatsinteresse in den Weg tritt, das läßt sich wie bei jedem Maße nicht ganz vermeiden. Tüchtige Richter werden stets die beste Garantie sein müssen, und wenn der Arme die nur findet, so halten wir es für sentimental zu glauben, daß es ihn gegen die gesellschaftliche Ordnung aufbringen werde, seine Ansprüche als „Bagatelle" bezeichnet zu sehen.

Der deutsche Entwurf ist von demselben Gesichtspunkte ausgegangen. Der § 4 lautet:

> „Für alle Rechtsstreitigkeiten sind, soweit dieselben nicht Einzelrichtern oder besondern Gerichten überwiesen werden, die Collegialgerichte erster Instanz zuständig."

In gleicher Weise setzt der sächsische Entwurf in § 3 fest:

> „Jedes Bezirksgericht ist in seinem Bezirke als Gericht erster Instanz zuständig für diejenigen Rechtsstreite, welche nicht andern Gerichten zugewiesen sind."

Hier herrscht also Uebereinstimmung, auch die Bestimmungen des deutschen Entwurfs sind unserer Gerichtsverfassung conform.

§ 2.

Weiter vorzugehen und nun die Gränze zu fixiren, die zwischen collegialen und einzelrichterlichen Sachen bestehen sollte, das hat man in Hannover nicht gewagt. Leider. Wir Deutsche leben einmal in so engen Sonderkreisen und sind so schwer zum Aufgeben lokaler Gewohnheiten und Bestimmungen zu bewegen, daß ein freiwilliges Nachgeben um des Allgemeinen willen uns schwer ankommt. Es scheint, daß wir die von Zeit zu Zeit wiederkehrende gewaltsame Entwickelung der Zustände der freiwilligen Einigung vorziehen. Allerdings sind, je enger die Kreise, desto leichter Nutzen und Nachtheil zu erkennen und abzuwägen, aber die größere Schwierigkeit, jene Interessen äußerlich bloß zu legen, kann dem realen Werth und der Macht eben dieser Interessen keinen Abbruch thun, und ihre Nichtbefriedigung

verweist sie nur auf den Weg staatsgefährdender Opposition. — Wenn also die Commission nicht der Landesgesetzgebung vorzugreifen gewagt hat, aus Scheu, den Interessen jedes einzelnen Districts nicht gerecht zu werden, so hätten wir ein etwas kühneres Vorgehen im Interesse der Gemeinsamkeit nicht blos hier, sondern auch an anderen Punkten gewünscht. Die Commission hätte dann wenigstens den Tadel von sich abgelenkt und dargethan, daß in Wirklichkeit die particularistischen Interessen dieses oder jenes Landdistricts zu stark seien, um dem Vorschlag gemeinsamer Gesetzgebung sich zu unterzuordnen.

Man wird uns nicht entgegnen, daß diese Frage der Gränzbestimmung untergeordneter Bedeutung sei; es ist unter Umständen von der größten Wichtigkeit für die Partei, ob sie mit ihrem Anspruch in dem einen Lande vor einen Einzelrichter, in dem andern vor ein Justizcollegium verwiesen ist. Sobald einmal hierin eine Ungleichförmigkeit in den deutschen Landen herrscht, ist schon gleich der erste Schritt jenseits der Gränze ohne Beistand eines Rechtskundigen nicht mehr möglich und es ist klar, daß schon diese Schwierigkeit, mag sie uns Juristen auch noch so gering scheinen, einen Druck auf den Kredit ausüben muß. — Dann aber wird auch durch die Verschiedenheit der Behandlung vor Einzelrichtern und Justizcollegien schon ein Unterschied geschaffen, der innerhalb der einschlagenden Summengrößen bald zu einem materiellrechtlichen werden kann. Vergegenwärtigen wir uns nur die Consequenz, daß in Folge dieser Geschäftsvertheilung die Praxis ganz verschiedener Collegien das endliche Maß abgeben soll, hier die Praxis des zweiten, dort die des ersten Justizcollegiums. Unseres Erachtens war es unerläßlich, daß die Commission auch hier die Richtschnur stellte und damit sich wenigstens aus der Verantwortlichkeit zog. Indeß unsere alte Krankheit quot capita tot sensus hat auch hier wieder gesiegt. Der § 5 behält der Landesgesetzgebung vor, die einzelrichterliche Gränze zu bestimmen.

Wir beklagen diese Bestimmung um so mehr, als die Referenten der Commission, welche den Entwurf zur Vorlage

brachten, die von uns hier vertretene Ansicht durchaus durchgeführt hatten. Sie schlugen vor, als einzelrichterliche Sachen anzuerkennen 1) Injuriensachen; 2) Streitigkeiten zwischen Handwerksmeistern und Gesellen oder Lehrlingen, Dienstherren und Dienstboten oder Tagelöhnern, Gewerbsunternehmern und ihren Arbeitern hinsichtlich des gegenseitigen dienstlichen oder gewerblichen Verhältnisses; 3) Streitigkeiten wegen Ueberlassung oder Räumung einer Wohnung zwischen Miether und Vermiether; 4) Ansprüche aus unehelichem Beischlafe; endlich 5) Streitigkeiten, deren Gegenstand nicht über 200 Thaler beträgt. Hinsichtlich der meisten Punkte wird man ziemlich überall zu gleichem Resultat kommen. Was die Injurien anlangt, so sind sie bekanntlich in einigen Ländern den Strafgerichten überwiesen und ob man hiervon abginge, wäre zweifelhaft. Wichtiger aber ist die Frage der Summengränze für Bagatellsachen. Wir glauben, manche Regierung würde eine Differenz von vielleicht 50 Thalern den vorhin erwähnten Gründen geopfert haben und es wäre durch die Aufstellung dieser Summe solchergestalt ein Anlaß gegeben zu einer wenigstens mehrere Länder umfassenden Einheit. Allein in der Commission wurden Bedenken über Bedenken laut, man wollte sogar, charakteristisch genug, die Bestimmung auch deshalb nicht getroffen sehen, weil sie in ein Gerichtsverfassungsgesetz, nicht in eine Proceßordnung gehöre; man hob die lokalen und particularrechtlichen Hindernisse hervor und das endliche Ergebniß der Verhandlung war, daß der ganze Paragraph gestrichen wurde. Freilich nur durch die entscheidende Stimme des Präsidenten, und daraus entnehmen wir eine wenn auch nur geringe Hoffnung: vielleicht lebt der Paragraph noch wieder auf, wenn die zweite Lesung stattfindet. Wir würden der Commission Dank wissen, wenn sie das Ihrige thäte, um die einzelnen Regierungen zu *positiven* Abweichungen und Beschränkungen zu zwingen, statt es ihnen gewissermaßen an die Hand zu geben, daß man das Beibehalten der bisherigen Zustände erwarte. Zu diesem Zwecke wäre freilich die Angabe einer bestimmten Summengränze nothwendig; die bei der Spe-

cialdiscussion (S. 366 der Protokolle) angenommene Fassung, vor die Einzelrichter diejenigen Sachen zu verweisen, „deren Gegenstand nicht den durch die Landesgesetze bestimmten Betrag übersteigt," — diese Fassung würde uns ebenso werthlos für das Gesetz im allgemeinen wie für unsern Standpunkt insbesondere erscheinen.

Der sächsische Entwurf regelt die einzelrichterliche Competenz im § 5 in einer Weise, auf die wir später zurückgeführt werden. Er stellt 100 Thaler als Summengränze. An dieser Summe festzuhalten, liegt um so weniger Grund vor, als schon jetzt bei uns Einzelrichter in größern Sachen entscheiden.

§ 3.

Während also der deutsche Entwurf die Setzung der Gränze den Landesgesetzen zuweist, stellt er mindestens die Grundsätze auf, welche für die Ermittelung des Werthes gelten sollen.

§ 6 setzt im einzelnen fest, welche Zeit für die Werthschätzung in Betracht komme, ferner daß bei Besitzstreitigkeiten der Werth der Sache, bei Pfandbestellung die Forderung, bei Pacht und Miethstreitigkeiten der Betrag der betreffenden Zeit, bei Grunddienstbarkeiten der höhere Werth, bei jährlich wiederkehrenden Leistungen (auf „jährlich" wird Nachdruck kaum zu legen sein) der fünfundzwanzigfache Betrag entscheide. Wir stoßen auf keine Neuerung von Bedeutung und es stimmen denn auch die §§ 234 u. fg. des sächsischen Entwurfs damit überein, ausgenommen die Bestimmung über den Werth bei Streitigkeiten über Grunddienstbarkeiten, welche hier fehlt. Nähere Betrachtung fordert aber die Bestimmung, welche der deutsche Entwurf im § 6 sub 5 aufstellt. Es soll

> „wenn eine Klage von mehreren Klägern erhoben oder gegen mehrere Beklagte gerichtet wird, oder wenn gegen denselben Beklagten mehrere Ansprüche in einer Klage verfolgt werden, der Gesammtwerth aller geltend gemachten Ansprüche"

entscheiden. Ohne Debatte ist man in der Commission diesem Vorschlage, welcher den einschlagenden Bestimmungen der hannoverschen, oldenburgischen auch braunschweigischen Proceßordnung entspricht, beigetreten. Auch der sächsische Entwurf schreibt im § 238 vor:

„Werden mittelst derselben Klage mehrere Ansprüche wider den nämlichen Beklagten geltend gemacht, oder klagen Mehrere, oder werden Mehrere verklagt, so ist der Gesammtwerth der Forderungen entscheidend."

Es ist diese Frage bei uns in Sachsen bekanntlich neuerdings Gegenstand lebhafter Erörterung geworden, als die Proceßnovelle § 4 ohne nähere Bestimmung sich an die Praxis anlehnte, welche aus dem § 5 des Gesetzes vom 16. Mai 1839 sich herausgebildet hatte. Obgleich Beck und Hänsel sich derzeit für die Zusammenrechnung auch bei subjectiver Klagenhäufung aussprachen, hatte die Praxis doch der entgegenstehenden Ansicht sich angeschlossen und diese ist gegen Marschners Einwendungen von Osterloh in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung XXII, S. 265 u. fg. auf's neue in erschöpfender Weise als die allein richtige dargestellt worden, wie denn auch Wenck, Civilproceßnovelle S. 12 ihr beigetreten war. Für den Fall objectiver Klagenhäufung findet die Durchführung dieser Gründe bekanntlich gesetzliche Hinderung. Für den jetzigen sächsischen Entwurf wird die Frage von besonderm Interesse dadurch, daß die ursprünglichen Vorschläge im Entwurf erster Lesung ganz anders lauten. Hier schlug Marschner im Widerspruch mit den von ihm in der Zeitschrift XXII, S. 9 fg. entwickelten Sätzen folgende Fassung vor:

„in Fällen der Streitgenossenschaft entscheidet der zusammengerechnete Werth dessen, was Streitgenossen beanspruchen, oder was von Streitgenossen beansprucht wird; in Fällen der subjectiven Klagenhäufung gehört die Klage, auch wenn die Ansprüche der einzelnen Kläger zusammen gerechnet über einhundert Thaler betragen, unter der Voraussetzung vor das Gerichtsamt,

daß keiner dieser Ansprüche den Werthsbetrag von einhundert Thalern übersteigt."

Die Motive schweigen; bei der zweiten Lesung finden wir das Gegentheil von Marschners Vorschlag, vielleicht in Folge seiner eignen Meinungsänderung, angenommen. Wir haben freilich dadurch eine Uebereinstimmung mit mehreren anderen Gesetzen gewonnen, aber es fragt sich, ob diese Sätze bei näherer Prüfung stichhaltig sind.

Der Angelpunkt dieser Bestimmungen liegt unseres Erachtens darin, daß man über den Begriff der Streitgenossenschaft sich nicht bis zur nothwendigen Schärfe in's Reine gesetzt hat. Es handelt sich vor allen Dingen darum, durch Sicherheit der Terminologie zu zeigen, daß man zu jeder Zeit weiß, was man will. Schon Marschner schwankt in seinem (dem ersten) Entwurfe; während er, wie vorhin gezeigt, von der Streitgenossenschaft die subjective Klagenhäufung, worunter er sich Mehrheit von Klägern zu denken scheint, im § 7 absondert, spricht er von diesem Falle in § 454 u. fg. wieder unter der Rubrik „Streitgenossenschaft" und nennt ihn § 460 „gemeinschaftliche Proceßführung". In ähnlicher Weise verfährt der Entwurf zweiter Lesung, er scheidet im § 301 „Streitgenossen" von „Personen, welche zu gemeinschaftlicher Proceßführung zuzulassen sind", — allein beides überdacht die Bezeichnung „Streitgenossenschaft".

Hierbei ist unseres Erachtens der Fehler begangen, zu dem man von mancher Seite neigt, nämlich die Streitgenossenschaft als ein civilrechtliches Institut anzusehen, während sie in der That ein proceßrechtliches ist. Streitgenossen sind eben nur die Genossen eines Streites und es ist aus dieser ihrer an sich rein äußerlichen Vereinigung auch schlechterdings nichts zu entnehmen für die Frage, ob und in welchem rechtlichen Verhältnisse sie zu einander oder zu ihrem Gegner stehen. Während wir diese Fragen nur beantworten können auf Grund näherer civilrechtlicher Untersuchung, hat die Streitgenossenschaft selbst ihre besonderen processualischen Voraussetzungen und Wirkungen, welche regelmäßig auf Fragen proceßleitender Natur hinauslaufen, sich

aber sehr wohl dergestalt erledigen lassen, daß wir dem richterlichen Ermessen mit Grundzügen an die Hand gehen, welche für die einzelnen Fälle ihm das sagen, was er vernünftiger Weise sich auch ohnedem sagt: daß nämlich nur bei verwandter oder gar identischer Grundlage die Vereinigung mehrerer Processe zu einem wirklichen Vortheile der Betheiligten ausschlagen wird. — Alles was über diesen Gesichtspunkt hinausgeht und die Voraussetzungen für die Betheiligung der Parteien mit in das Gebiet der Streitgenossenschaft hineinzieht, verstößt gegen einfache Begriffe des Civilrechts und vermengt den Begriff der Streitgenossenschaft, besonders wie er in der berüchtigten exceptio plurium litis consortium zu Tage gefördert wird, mit dem Institut der Sachlegitimation, welchem letzteren alle diese Fragen einzig und allein zuzuweisen sind.

Wir erfreuen uns hier der Zustimmung des deutschen Entwurfs, welcher folgendermaßen lautet:

§ 55.

„Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.“

§ 56.

„Die gemeinschaftliche Rechtsverfolgung und Vertheidigung durch mehrere Kläger oder Beklagte als Streitgenossen ist auch dann zuläßig, wenn solche gleichartige Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreites bilden, welche auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhen.“

Hierin zeigt sich, daß man den processualen Charakter des Instituts klar zur Geltung bringen will; wir hätten nur noch den Wunsch, daß aus diesen beiden Paragraphen einer gemacht würde, um zu zeigen, daß man im eigentlichsten Sinne

die Frage als nur eine ansehe. Oder noch besser man sagt: „Die Vereinigung Mehrerer in derselben Parteirolle kann auf Antrag oder von Amtswegen zur Erleichterung der Proceßführung erfolgen.“ Dann würden auch die weiteren Bestimmungen in noch hellerem Lichte hervortreten, wenn es heißt

§ 57:

„Die Einrede, daß die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben sei, findet nur insoweit statt, als dieselbe ihre Begründung in civilrechtlichen Vorschriften findet.“

§ 58.

„Streitgenossen stehen, sofern sich nicht aus civilrechtlichen Grundsätzen oder aus besonderen Bestimmungen dieses Gesetzes etwas Anderes ergiebt, der Gegenpartei dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Angriffs- und Vertheidigungsmittel des einen Streitgenossen dem andern ebensowenig nützen, als die nachtheiligen Handlungen oder Unterlassungen desselben dem andern zum Nachtheil gereichen.“

Freilich je klarer man sich dessen bewußt wird, daß es sich um eine bloße Maßregel der Proceßführung handelt, deren Wirkungen also auch über Fragen der Leitung des Verfahrens nicht hinausgehen können, desto weniger kann es Entschuldigung finden, wenn man die einzelnen völlig selbstständigen Ansprüche wegen eben dieser äußerlichen Vereinigung zusammenzählt und an das Facit erst den Maßstab der einzelrichterlichen Summengränze anlegt. Ob der Einzelrichter diese mehreren Processe hinter einander in je einem Urtheile oder ob er sie aus Rücksichten der Geschäftsführung in einem Collectivurtheile entscheidet, das kann rechtlich keinen Unterschied hervorbringen; die Beurtheilung jedes einzelnen Punktes erfolgt nothwendig geistig isolirt und nur in Fällen der Art würde sich das anders gestalten, wo das bürgerliche Recht das Ganze des Anspruches in den Vordergrund schiebt gegenüber der Anzahl der Betheiligten. Grade diese

Fälle solidarischer Haftung sprechen aber für die Richtigkeit unserer Auffassung im Uebrigen.

Ein rechtlicher Grund solcher Zusammenrechnung liegt demnach nicht vor. Aber man könnte meinen, daß Rücksichten der Geschäftsführung und der Vereinfachung derselben es wünschenswerth machten, hier auch ohne Rechtsgrund vorzugehen. Wir glauben auch das nicht annehmen zu dürfen. Man hat freilich schon bei der hannoverschen Proceßordnung hervorgehoben, daß in Zweifelsfällen die Competenz der Justizcollegien zu begünstigen sei; wir stimmen dem gern bei, allein es handelt sich hier einzig um die Durchführung der selbstgewählten, für zweckmäßig erklärten Regel und wir vermögen Anlaß zu Zweifeln in keiner Hinsicht zu entdecken. Im Gegentheil ist es von unverkennbarem Nutzen, das materielle Rechtsverhältniß so wenig wie möglich durch processualische Sätze zu beeinflussen, es klar durch den Proceß selbst durchscheinen zu lassen.

Dazu kommt endlich noch der Umstand, daß jene Sätze Consequenzen der bedenklichsten Art an die Hand geben. Wenn man die rechtliche Selbständigkeit der verhandelten Ansprüche anerkennt und trotzdem ihrer blos geschäftlichen Vereinigung jenen Werth der Competenzbestimmung beilegt, so drängt sich nothwendig die Frage auf, weshalb denn nicht jede Vereinigung in einem und demselben Verfahren diese Zusammenrechnung mit sich bringe. Weshalb rechnet man nicht Compensationseinrede und Widerklage mit dem Hauptanspruch zusammen und verweist wegen Ueberschreitung der Summengränze an das Justizcolleg? Ja doppelt mißlich wird diese Zusammenrechnung, sobald wir sie mit der Befugniß des Richters in Verbindung setzen, mehrere vor ihm anhängige Processe derselben und auch verschiedener Parteien sogar von Amtswegen zu einem Verfahren zusammen zu ziehen. Niemand, am wenigsten die Mitglieder der deutschen Commission mit ihrer Auffassung der processualischen Natur der Streitgenossenschaft, Niemand wird bestreiten, daß ein solcher richterlicher Act Streitgenossen schafft. Sollen denn nun die verschiedenen Ansprüche zusammengerechnet, soll dem Einzel-

richter gestattet werden, von Amtswegen oder auf Parteiantrag (je nach der Gesetzgebung) deshalb die Sache zur justizcollegialen Entscheidung zu verweisen? Und wie nun, wenn das Justizcollegium diese Vereinigung wiederum für unzweckmäßig hält, den einzelnen Rechtsstreiten auch äußerlich ihre Selbständigkeit zurückgiebt und etwa gar erklärt, daß eine Collegialsache gar nicht vorliege? soll dann das Justizcollegium die einzelnen unbestreitbar einzelrichterlichen Sachen bei sich behalten, mit andern Worten, soll der Einzelrichter das Justizcolleg zwingen können, hier einzig von der gesetzlichen Trennung Gebrauch zu machen, oder soll das Justizcollegium dem Einzelrichter die einzelnen Processe zurückgeben und der Wiederholung der Collision durch die Weisung vorbeugen dürfen, daß der Einzelrichter die Processe getrennt zu behandeln habe? Jene Zusammenrechnung mit dieser richterlichen Befugniß zur Vereinigung vermögen wir nicht zu vermitteln; eins muß unsrer Ansicht nach weichen, entweder man muß von der Erleichterung durch officielle Trennung oder Verbindung absehen, oder man muß auch hinsichtlich der Werthfrage der rechtlichen Selbständigkeit Genüge thun. Die Wahl scheint uns nicht schwierig, das aus dem materiellen Rechtsverhältniß ohne weitere Vorschriften naturgemäß sich herausentwickelnde ist einer juristischen Gewaltthat zweifelsohne vorzuziehen. Sollten Parteiinteressen im einzelnen Falle das Gegentheil wünschenswerth machen, so finden sie in der fori prorogatio ihre rationelle Berücksichtigung.

§ 4.

Jenen Bestimmungen über Werthermittlung treten ergänzend zur Seite diejenigen über nachträgliche Werthänderung. Hinsichtlich der Werthänderungen eines und desselben Anspruches würden wir aus allgemeinen Regeln zu dem Ergebniß gelangen, daß sie nicht in Betracht zu ziehen seien; das ergiebt sich für die Entwürfe auch schon daraus, daß die Zeit der Klagbehändigung als entscheidend für die Werthfrage ausdrücklich aufgestellt wird.

Es fragt sich jedoch, ob nicht von diesen Consequenzen abzuweichen sei, aus Gründen der Gerichtsorganisation.

Bei nachträglicher Minderung des Streitgegenstandes liegt dazu unverkennbar kein Anlaß vor; hat einmal das Justizcolleg die Sache, so ist es hier gewiß nicht indicirt, die Regel „ubi coeptum est litigium, ibi debet et finem accipere“ zu verlassen, die Entscheidung durch das Collegium wird als ein melius anzusehen sein, auf welches zudem die Parteien, wenn sie sich dahin einigen, jederzeit verzichten können. Anders jedoch liegt die Sache bei nachträglicher Erhöhung, sei es nun desselben Anspruches, sei es des Streitobjects im allgemeinen; hier greift der Grundsatz ein, daß die Entscheidung des Justizcollegiums die Regel, daß nur ausnahmsweise der Spruch des Einzelrichters zugelassen wird in Sachen, welche unter der gesetzlichen Werthgränze bleiben. Es fragt sich demnach, sollen wir diesem Grundsatz folgen auch gegen das Bedürfniß der Continuität des Verfahrens, soll der Grundsatz als absolute Vorschrift dastehen oder nicht und wenn das erstere, soll seine Anordnung bedingt sein durch Parteiantrag oder soll sie von Amtswegen erfolgen. Daß die mehreren Fragen jedenfalls zusammen bleiben sollen und nicht unnöthiger Weise aus einem Proceß mehrere gemacht werden dürfen, darüber werden wohl von vorneherein alle einig sein. Wir müssen aber, bevor wir zur Beantwortung der Frage selbst vorgehen, einen Punkt näher darlegen, der präjudicielle Stellung einnimmt, nämlich die Sätze über Prorogation der Gerichtsbarkeit. Erst wenn wir diejenigen Bestimmungen kennen, welche die Entwürfe über diesen Punkt aufstellen, erst dann haben wir einen Ausgangspunkt für die Erledigung die Frage nachträglicher Vergrößerung.

§ 5.

Der deutsche Entwurf erklärt die Zustimmung des judex prorogatus für unnöthig, der Richter soll, wenn nicht zwingende Gesetze ihn zu anderm verpflichten, nur auf den Antrag der

Parteien seine Unzuständigkeit aussprechen. Hinsichtlich der Werthfrage trifft § 28 im Schlußsatz noch die Bestimmung:

> „Der Werth des Streitgegenstandes ist auf die Zulässigkeit der Prorogation ohne Einfluß; jedoch findet die Prorogation an ein höheres Gericht nicht statt, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Berufungssumme nicht erreicht."

Darin liegt also der wichtige Satz ausgesprochen, daß die Prorogation sogar in der Weise gestattet ist, daß auch höhere Gerichte, nicht blos die erster Instanz, durch sie zuständig gemacht werden können, wofern nur die für ihre Zuständigkeit im Generellen erforderliche Minimalsumme, wie sie gewöhnlich bei der Einwendung von Rechtsmitteln maßgebend wird, vorhanden ist. Diese Erweiterung der Prorogation hat die entscheidendsten Gründe für sich. Gehen wir von der Voraussetzung aus, daß ein Object in Frage steht, dessen Werth genügen würde, um abgesehen von den Fällen theilweiser Ab- oder Anerkennung auch diejenige Instanz zu beschreiten, welche jetzt sprungweise angegangen werden soll. In der That ist es hier praktischer, die Parteien nicht erst in den ganzen Instanzenzug hinein zu drängen und ihnen die Erlangung der endlichen gegen weitere Anfechtung gesicherten Entscheidung möglichst zu erschweren, sondern wir werden die Weitläufigkeit mit bestem Erfolg vermeiden, sobald wir gestatten, sofort diese Entscheidung einzuholen. Die Vorzüge solcher Einrichtung liegen namentlich dann klar zu Tage, wenn es sich einzig um Rechtsfragen handelt, das thatsächliche Material so feststeht, daß es zu einer Beweisführung nicht kommt, außer etwa zu einer Beweisung durch Urkunden, welche ja für die Verhandlung auch des obersten Gerichts keine Schwierigkeiten darböte. Vielleicht hätte eine in dieser Hinsicht beschränkende Zusatzbemerkung einen gewissen Werth.

Indeß jeder im bisherigen Verfahren Eingebürgerte wird sich daran stoßen, daß das höhere Gericht sich zur Entscheidung anrufen lassen soll, ohne daß die Sache vorerst in der unteren Instanz abgeklärt und auf gewisse Streitmomente zugespitzt sei.

Man wird uns ferner vorzüglich entgegenhalten, daß es unzulässig sei, bei dieser wie überhaupt bei der Prorogation von der Zustimmung des judex prorogatus völlig abzusehen und ihn zur Annahme der Sache zu zwingen. In ähnlicher Weise führt der sächsische Entwurf in den Motiven für sich an: die Zustimmung des judex prorogatus müsse man fordern, wie es in Baden, Hessen und Weimar geschehen „um so mehr als die Annahme einen nicht zu seiner Zuständigkeit gehörigen Sache störend auf den Geschäftsbetrieb bei demselben einwirken kann." Diese Ueberhäufung mit Geschäften oder auf der andern Seite die Unzulässigkeit, den Parteien den Eingriff in die gesetzlichen Zuständigkeitsgründe zu gestatten, das sind die regelmäßig wiederkehrenden Argumente; allein es liegt auf der Hand, daß von Annahme solcher Sachen, welche nicht zu dem Geschäftsbereich gehören, gar nicht die Rede ist. Der Geschäftsbereich ist ja noch gar nicht begränzt und während der sächsische Gesetzgeber sich alle andern Zuständigkeitsgründe als bereits unerschütterlich feststehend zu denken, nur noch die Frage zu stellen scheint, ob man außer gesetzlichen Gründen auch Parteiwillkür entscheiden lassen solle, — währenddeß liegt die Sache offenbar so, daß es sich fragt, ob wir die Parteiwillkür zu einem gesetzlichen Grunde machen wollen. Die Darlegung der sächsischen Motive enthält eine petitio principii und es ist völlig unverständlich, wie man sprechen kann von „einem zuständigen oder durch freiwillige Unterwerfung zuständig gewordenen Gerichte." (§ 62.)

Fassen wir denn die Frage vom rein gesetzgeberischen Gesichtspunkt ins Auge, so ist uns kein Zweifel, daß die im deutschen Entwurf vorgeschlagene Bestimmung eine durchaus praktische ist. Allerdings sollen die Competenzgründe, auch abgesehen von der Parteiwillkür, so beschafft werden, daß sie für die regelmäßige Behandlung der Processe die den Verhältnissen entsprechendste Bestimmung geben; was aber dieser Regel sich aus irgend welchen Gründen nicht einfügt, das zurecht zu legen überlasse man dann getrost der Vereinigung der Parteien. Wir können

uns doch nicht verhehlen, daß mit dem Gemeinwohl, welches wir im Proceßrecht als Endziel hinstellen, vor allen Dingen das objectiv beurtheilte Wohl der streitenden Theile gemeint sein muß; entgegengesetzten Falles würden wir meist einem blutlosen Begriff höchst praktische Interessen zum Opfer bringen. Ist dem so, dann liegt nichts näher, als auf diesem Gebiet der Vereinbarung der streitenden Theile eine möglichst ausgedehnte Anerkennung und gesetzliche Einwirkung zu erstatten.

Aber, entgegnet man, die Arbeitslast der Gerichte. In Wirklichkeit reducirt sich dieser Einwurf, wie die Praxis der Rheinlande und Hannovers zeigt, auf Null. Wenn die Gesetzgebung gesunde Competenzen im Uebrigen schafft, so wird nur in seltenen Fällen das Interesse der Parteien außerhalb derselben liegen. Und kommt es nun wirklich zu solcher willkürlichen Erstreckung, so dürfen wir die Erhöhung der Arbeitslast nicht mit dem Maß messen, welches uns aus dem schriftlichen Verfahren geläufig ist; sondern wir müssen uns vergegenwärtigen, daß die Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreits ins Künftige weitaus leichter und rascher von Statten geht.

Wir halten demgemäß die Bestimmungen des deutschen Entwurfs, welche die Vereinigung der Parteien zum gesetzlichen Competenzgrunde für den Richter machen, für durchaus praktisch. Insbesondere liegt auf der Hand, daß die stillschweigende Prorogation im neuern Verfahren so zu sagen unentbehrlich ist; da die Competenz der Gerichte sich nach der Summengröße richten soll, so läßt eine langwierige Erörterung des Werthes sich nur auf eben dem Wege der Prorogation unnöthig machen.

Demgegenüber steht der sächsische Entwurf mit seinem § 81.

> „Die Parteien können einen Rechtsstreit, sofern derselbe nicht ausschließend vor ein bestimmtes Gericht gewiesen ist, durch ausdrückliche Vereinbarung vor ein nicht zuständiges doch zur Ausübung der in Frage stehenden Gattung der Gerichtsbarkeit befugtes Gericht erster Instanz bringen, wenn dasselbe zustimmt."

Der § 82, welcher sich einfach mit 81 hätte verbinden lassen,

gestattet dann auch stillschweigende Prorogation, allein die entscheidende Hauptsache ist, daß nach unserer Ansicht die nothwendige Zustimmung des judex prorogatus sowie die Beschränkung der Prorogation auf die erstinstanzlichen Gerichte an praktischer Brauchbarkeit hinter den Normen des deutschen Entwurfes zurückstehen. Weitaus bedenklicher jedoch, als diese Paragraphen, denen sich doch eine relative Berechtigung nicht versagen läßt, ist der § 83.

> „Der durch Unterwerfung begründete Gerichtsstand kann durch Uebereinkommen der Parteien nicht wieder aufgehoben werden.“

Eine völlig räthselhafte Bestimmung! und je weiter wir zurückgreifen in die Geschichte des Entwurfes, desto unlöslicher erscheint uns der Satz. Im ersten Entwurf trägt er nämlich noch den Zusatz:

> „sondern dauert fort, bis der Proceß auf eine oder die andere Weise sich beendiget.“

Wir werden also zu der Annahme gedrängt, daß sich der Gesetzgeber einen über den Entschluß der Parteien hinaus auf eigne Hand fortlebenden Proceß denkt, der sich selbst dann auf eine oder die andere Weise zum Ende führt. Die Motive scheinen diese Art künstlicher Vitalität für nothwendig zu halten, um den Schein von dem Gericht fern zu halten, als habe dasselbe zur Unzufriedenheit Anlaß gegeben. Es heißt:

> „In der Regel hat die Gerichtsbarkeit des Gerichtes in einer vor ihm anhängig gewordenen Streitsache bis zur Beendigung derselben fortzudauern. Dieser Satz bezweckt, der Rechtspflege einen raschen, ungestörten Fortgang zu sichern. Es kann daher eine Abweichung von demselben auch nicht in dem Falle gestattet werden, wenn der Gerichtsstand durch freiwillige Unterwerfung begründet worden war, zumal da, wenn die Parteien ein von ihnen gewähltes Gericht wieder verließen, es immer mehr oder weniger das Ansehen haben würde, als ob dasselbe Anlaß zur Unzufrieden-

heit gegeben habe. Man mochte daher nicht mit der Baden'schen Proceßordnung § 34 annehmen, daß die durch Prorogation begründete Zuständigkeit durch übereinstimmenden Willen der Parteien jederzeit wieder entzogen werden könne."

In verbis simus faciles, allein wie steht es mit dem consentire in re?

Man könnte versucht sein, den Verfasser mit einer starren Consequenz der processualischen Consumtion beschäftigt zu glauben, zumal wenn man den § 43 des Entwurfs zweiter Lesung in Mitbetracht zieht. Hier heißt es:

„Von mehreren für einen Rechtsstreit zuständigen Gerichten schließt dasjenige die Uebrigen aus, welches die proceßeinleitende Verfügung zuerst zugestellt hat."

Sollte das etwa gleichen Zweck haben, die Competenz aller übrigen Gerichte zu vernichten und nicht blos diesem Gericht nach Grundsätzen der Prävention ein Vorzugsrecht zu geben? Wir können das nicht annehmen, schon deshalb nicht, weil es ausdrücklich heißt: die übrigen G e r i c h t e würden ausgeschlossen, nicht: die Z u s t ä n d i g k e i t der übrigen Gerichte. Auch schließt der entsprechende § 63 des ersten Entwurfs jedes Bedenken aus:

„Wenn in Fällen, in welchen beide Parteien in derselben Sache klagend auftreten können, jede derselben vor einem anderen zuständigen Gerichte klagend aufgetreten, oder in Fällen, wo ein processualisches Verfahren von Amtswegen eingeleitet werden kann, ein solches von verschiedenen Gerichten eingeleitet worden ist, bestimmt das Zuvorkommen (die Prävention) über den Vorzug unter den Gerichten und macht dasjenige zuständig, welches zuerst die proceßeinleitende Verfügung erlassen hat.

Hier mindestens hat der Verfasser des Entwurfes nicht an eine exclusive Competenz gedacht. Freilich bietet auch hier die Ausdrucksweise einen unglücklichen Eindruck: die mehreren Gerichte s i n d z u s t ä n d i g und doch soll die Prävention das be-

treffende Gericht zuständig machen. Das erinnert sehr an die Strafproceßordnung Art. 49, wo auch dasjenige Gericht zuständig werden soll, welches von seiner Zuständigkeit zuerst Gebrauch gemacht hat.

Wenn man also nicht den Gedanken im Allgemeinen gehabt hat, die Zuständigkeit der anderen Gerichte durch die Proceßführung vor einem zu vernichten, dann vermögen wir nicht einzusehen, weshalb der prorogirte Gerichtsstand durch Parteiübereinkommen nicht wiederum soll aufgehoben werden dürfen? Umsonst suchen wir uns diese Anschauung praktisch zu veranschaulichen und wir hoffen, daß dieselbe niemals gesetzlichen Charakter erhalten werde.

§ 6.

Bringen wir nun die Bestimmungen über die fori prorogatio in Verbindung mit der Frage, welche uns zu ihrer Betrachtung hinführte: der Frage nämlich, wie es mit einer erst im Laufe des Verfahrens eintretenden, die Summengränze überschreitenden Wertherhöhung hinsichtlich der Zuweisung an das Collegialgericht zu halten sei, so ergiebt sich sofort, daß es sich für diese Frage nur um eine im Lauf des Verfahrens vorzunehmende prorogatio fori handelt, daß mithin ihre Beantwortung durch den Ausbau der oben angeführten Grundsätze gegeben ist. Dieser Wahrheit ist der deutsche Entwurf offenbar gefolgt: er verpflichtet das Gericht, sich des weiteren Vorgehens zu enthalten (scil. die Sache an das zuständige Colleg abzugeben), sobald ein darauf gerichteter Antrag der Parteien ihm kundgiebt, daß die für Erstreckung der Gerichtsbarkeit erforderliche Vereinbarung nicht vorhanden ist. Da diese Erstreckung auch stillschweigend erfolgen kann, so ist es durchaus correct, das positive Vorgehen der Parteien durch einen Antrag zu verlangen und nicht etwa dem Gericht die Initiative aufzugeben.

Der sächsische Entwurf würde, weil er von anderen Voraussetzungen ausgeht, zu anderen Resultaten kommen. Er fordert

die Zustimmung des Gerichts; wir nehmen an, daß diese nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden braucht, daß vielmehr dem Gericht nur ein Einspruchsrecht unter dieser Gestalt gegeben werden soll. Die Folge wäre, daß der sächsische Entwurf mit dem bloßen Unterbleiben eines Parteiantrages auf Verweisung sich nicht genügen lassen könnte, sondern die stillschweigende oder ausdrückliche Zustimmung auch des Gerichts fordern müßte, oder, mit andern Worten dasselbe zu sagen: daß er dem Gericht das Recht geben müßte, von Amtswegen die Sache an das Collegium zu verweisen.

Zu diesem Ergebniß nehmen nun aber die beiden sächsischen Entwürfe, der erster Lesung und der zweiter Lesung eine höchst interessante Stellung ein. Marschner im ersten Entwurf § 1292 sagt:

> „Tritt während der Streitverhandlung eine Veränderung mit dem Streitgegenstande in der Maaße ein, daß er einen Werth von mehr als 100 Thalern erhält, so findet auf den Antrag der einen oder der anderen Partei die weitere Verhandlung im ordentlichen Verfahren statt. Das zu dem Ende Erforderliche wird von dem Gerichte durch Verfügung oder wenn die Lage der Sache dazu geeignet ist, durch Erkenntniß angeordnet."

In den Motiven führt er dann aus, man habe keinen Grund, den Parteien die Fortsetzung einer vergrößerten Streitfrage im abgekürzten Verfahren zu benehmen; allein jede Partei habe solchenfalls das Recht, durch ihren Antrag das ordentliche Verfahren herbeizuführen, welches also entsprechenden Falles durch Abgabe der Sache ans Bezirksgericht veranlaßt werde. Marschner gestattet hier also die doch in der That vorhandene Erstreckung der Gerichtsbarkeit ohne Zustimmung des Gerichtsamtes. Wir vermögen nicht zu erkennen, weshalb zwischen dieser nachträglichen Vergrößerung und der ursprünglichen Ueberschreitung der Competenzgränze ein solcher Unterschied statuirt werden soll. Man mag sich auf das Bedürfniß berufen, die Continuität des

Rechtsstreites so weit möglich zu erhalten, das könnte uns vielleicht mit der Inconsequenz 'aussöhnen; aber als einziger Grund wird hingestellt, daß man keinen Grund habe den Parteien das abgekürzte Verfahren zu verwehren, und damit bricht man unsres Erachtens den Stab über die eigene Theorie, daß für die prorogatio fori die Zustimmung des Gerichts erforderlich sei.

Was nun den Entwurf zweiter Lesung anlangt, so ist er seltsamer Weise in die gerade entgegengesetzte Richtung übergeschlagen und geht unsres Erachtens in dieser eben so weit über das Richtige hinaus. Statt nämlich den sämmtlichen Betheiligten eine Vereinigung zu gestatten, wie das aus den einmal aufgestellten Grundsätzen über Erstreckung der Gerichtsbarkeit folgen würde, statt also dem Gericht auch angesichts eines Parteivorschlages zur Fortsetzung im Gerichtsamt das Recht der Verweisung ans Bezirksgericht zu geben, statt dessen hat man die Pflicht des Gerichts zur Verweisung von Amtswegen ausgesprochen. Es heißt in § 247 ganz kategorisch:

> „War [Ist?] der Rechtsstreit vor einem Gerichtsamte anhängig, so sind die Parteien . . . zur Fortstellung der Sache an das Bezirksgericht zu verweisen."

Diese nothwendige Verweisung soll nun aber nur für den einzigen Fall eintreten, daß an die Stelle des Streitens über Leistungen auf Grund eines unbestrittenen Rechtes der Streit über die Existenz des Rechts selbst tritt und dadurch die Ueberschreitung der Summengränze oder Unschätzbarkeit verursacht wird. Für die andern Fälle nachträglicher Vergrößerung müssen wir uns demnach nach anderweiten Bestimmungen umsehen. Man hat sie absichtlich in dieser Bestimmung nicht berücksichtigt, denn Marschners § 1292, aus welchem § 247 in der zweiten Lesung entstand, hatte die Werthvergrößerung des Streitgegenstandes im Allgemeinen aufgestellt; auch Marschner freilich hatte dabei nicht die Auffassung des deutschen Entwurfs, welcher die Compensationseinrede und Widerklage ins Auge faßt, sondern dachte, soweit wir sehen können, im eigentlichen Sinne an Preisschwankungen.

Wenn wir nun diesem Einzelfall die Bestimmungen für andere Vergrößerung zur Seite zu stellen suchen, so läge am nächsten, nunmehr die oben dargelegten Consequenzen der im sächsischen Entwurf aufgestellten Lehre von der Prorogation anzuwenden. Wir würden also sowohl jeder Partei als auch dem Gericht das Recht geben müssen, um solcher Aenderung willen das Verfahren an das Bezirksgericht zu verweisen. Allein da stoßen wir wiederum gegen den § 245 an:

> „Die Erhöhung oder Verminderung des Werthes des Streitgegenstandes während des Rechtsstreites bleiben wo nicht etwas Anderes bestimmt ist, ohne Einfluß auf die Zuständigkeit des Gerichts."

Also das Gericht, welches einmal die Sache hat, behält sie, die einzige Ausnahme davon liegt in der Vorschrift, daß das Gerichtsamt den Streit abgeben muß an das Bezirksgericht, sobald er nachträglich erst auf die Existenzfrage eines bisher unbestrittenen Rechts sich richtet. Gesetzt also die Klage ginge auf Rückzahlung eines Darlehns von 100 Thalern, der Beklagte erklärte: es seien ihm damals nicht nur 100 sondern 200 Thaler geliehen, aber er habe an dem und dem Tage auch diese 200 Thaler zurückbezahlt, dann würde die Sache dem Gerichtsamte verbleiben, obgleich die Entscheidung jetzt, die Antistrephuse vorausgesetzt, sich auf 200 Thaler erstrecken würde. Nicht einmal der Antrag auf Verweisung an das Bezirksgericht würde vom Gerichtsamt befolgt werden dürfen.

§ 7.

Von praktisch größerer Wichtigkeit als dieser Fall sind die beiden, in welchen eine Vergrößerung des Proceßobjects eintritt durch Vorschützung einer das Maß für sich allein schon übersteigenden Compensationseinrede oder Widerklage. Was zunächst die Widerklage anbetrifft, so ist zu unserem Bedauern der sächsische Entwurf bei dem bisherigen Rechte stehen geblieben. Allerdings hatte der erste (Marschnersche) Entwurf die gemeinrechtliche Widerklage anerkannt und eingeführt, aber auch er

schon ging nur mit halbem Herzen vor. Die Praxis, heißt es, habe die Brauchbarkeit der seitherigen sächsischen Widerklage gezeigt, man habe keinen Grund, das Institut aufzugeben. Dem mag so sein; die Nothwendigkeit liegt auf der Hand, dem wegen der Specialität des Verfahrens gar nicht oder nur beschränkt zu Gehör kommenden Beklagten für den Fall seiner Verurtheilung einen Weg klagweiser Geltendmachung seiner Rechte zu gestatten. Das ist auch zu jeder Zeit geschehen; wer kennt nicht die Verweisung zu separater Ausführung? oder die Verweisung ad ordinarium? Es bedarf dazu aber keiner erheblichen Vorschriften, nehmen wir die allgemeinen Regeln über Sicherheitsleistung de eventualiter restituendo hinzu, so erledigt sich die Sache außerordentlich einfach. In Sachsen ist sie trotzdem Gegenstand ausgedehnter Berücksichtigung geworden, allein man will ja eben der Ueberzeugung geworden sein, daß dieses weitverzweigte System processualischer Bestimmungen ein Hauptgrund der Unzufriedenheit mit dem jetzigen Verfahren ist, so, scheint es, wäre es doch das Gebotene, auch wirklich überall die thunlichste Einfachheit aufrichtig einzuführen. Dabei möchte man immerhin des Wortes von Planck eingedenk sein, daß der gemeine Proceß vortreffliche Vorzüge habe, wenn man nur ihn seines unnöthigen, ihm nicht ureignen Beiwerks entkleide. Von der vorliegenden Frage der Widerklage gilt das im Besondern.

Der sächsische Entwurf erster Lesung nimmt denn auch wie gesagt die gemeinrechtliche Widerklage an; allein er thut es so, daß mit der einen Hand gegeben, was mit der andern genommen wird. Es sollte der Namen „Widerklage“ beibehalten werden für die sächsische bisherige Widerklage, für die gemeinrechtliche Widerklage hingegen die Bezeichnung der Gegenklage eingeführt werden. Umsonst fragt man wozu? die klagweise Geltendmachung jener aus dem Urkunden- oder Wechsel- oder Executions-Verfahren herausgewiesenen Rechtsgründe könnte wohl ihren Weg ohne Namen finden, sie bedarf keinerlei Eigenthümlichkeiten.

Trotzdem hätten wir diese Vorschläge Marschners weit vorgezogen denjenigen, welche die zweite Lesung uns gebracht hat.

Hier ist freilich ebenfalls die sächsische Widerklage beibehalten, aber die gemeinrechtliche nicht eingeführt. Der § 77 trägt allerdings die Ueberschrift „Gerichtsstand der Widerklage," aber man hat nur die sächsische Widerklage im Auge:

„Das Gericht, von welchem auf eine Klage im Urkunden- oder Wechselprocesse die proceßeinleitende Verfügung, oder im Vollstreckungsverfahren das Befriedigungsgebot zugestellt worden, ist zuständig für die Widerklage."

Die Vergrößerung des Streitobjects durch Widerklage kann also nach sächsischem Entwurf nicht vorkommen; wie steht es mit der Compensation?

Wenn man die § 245 u. fg. ansieht, welche die nachträgliche Aenderung des Streitobjects behandeln, so wird es wohl Jedem wie uns gehen, daß er der Meinung wird, eine besondre Bestimmung über die Compensation und dadurch herbeigeführte Erhöhung enthalte der Entwurf nicht, man sei also genöthigt sich dieselben aus den aufgestellten Principien zu entnehmen, welche dahin führen würden, die Compensationseinrede nach § 245 für unwirksam hinsichtlich der einmal begründeten Competenz zu erklären, da unter den in den folgenden Paragraphen aufgestellten Ausnahmen sie nicht mit enthalten ist. Allein an anderer Stelle finden wir unerwarteter Weise eine ausführliche Normirung dieser Frage, nämlich in der Vertheidigung des Beklagten. § 371 lautet:

„Im ordentlichen, im abgekürzten Verfahren und im Urkundenprocesse kann die Einrede der Gegenforderung dann, wenn sie den Betrag der geklagten Forderung übersteigt, mit der Wirkung geltend gemacht werden, daß, dafern sie zugestanden oder bewiesen wird, der Kläger zur Berichtigung des überschießenden Betrages zu verurtheilen ist, Im abgekürzten Verfahren kann die Einrede der Gegenforderung mit der bemerkten Wirkung auch dann geltend gemacht werden, wenn sie einen Betrag von mehr als einhundert Thaler betrifft."

Wir halten nun vor allen Dingen es für einen erheblichen Fortschritt, daß man mit der compensatio quoad summam concurrentem gebrochen hat nach allen Seiten. Allein einmal scheint man sich nicht darüber klar geworden zu sein, daß man hinsichtlich der compensablen Ansprüche die Widerklage zur Hinterthür hereingelassen hat, andrerseits und das ist hier für uns das Vortretende, andrerseits hat man hier wiederum die Consequenzen der über Porogation aufgestellten Grundsätze nicht anerkannt. Fordert man eine Zustimmung des judex prorogatus, so vermögen wir nicht abzusehen, weshalb der Einzelrichter gegen seinen Willen sich die Entscheidung über die das Maß überschreitende Gegenforderung muß in die Hand legen lassen. Nach beiden Seiten verstößt der sächsische Entwurf gegen sein Princip dort: indem er im Fall nachträglich über die Existenz des Rechts ausbrechenden Streites das Gerichtsamt zur Abgabe ans Bezirksgericht z w i n g t, hier: indem er von der nothwendigen Parteivereinbarung und der geforderten Zustimmung des judex prorogatus absieht. Es erscheint uns unzweifelhaft, daß wiederum der deutsche Entwurf schlechtweg den Vorzug verdient, wenn er bei solcher nachträglicher Vergrößerung des Streitobjectes jeder der streitenden Parteien gestattet, den ganzen Proceß nunmehr durch ihren Antrag vor das Justizcollegium zu verweisen. Das ist eine Bestimmung, welche so klar mit den andern in Verbindung steht, daß ihre Anwendbarkeit die des sächsischen Entwurfes unvergleichlich überragt.

Wir würden es beklagen müssen, wenn diese Bestimmungen des sächsischen Entwurfes zum Gesetz erhoben werden sollten, und man nicht die Prorogationsgrundsätze des deutschen Entwurfes in ihrer ganzen Ausdehnung annähme; wenn man namentlich ein so unverkennbar praktisches Institut wie die gemeinrechtliche Widerklage auf den Fall der Compensationsforderung beschränken, ja auch hier nicht einmal die Unbefangenheit gewinnen sollte, sich des Ausdruckes der Widerklage zu bedienen, während man sich doch nicht verhehlen kann, daß nur auf diesem Wege eine Verurtheilung des Klägers herbei-

geführt werden kann, und daß wenn man dieselbe durch vorgeschützte Compensationseinrede verursachen läßt, man nur durch ein „falsa demonstratio non nocet“ sich vertheidigen kann.

§ 8.

Wir haben so eben gesehen, daß beide Entwürfe eine Verweisung der Sache an das Justizcollegium wegen nachträglicher Wertherhöhung kennen, wenn sie auch in ihren Voraussetzungen für eine solche bedeutend von einander abweichen. Weitaus größer aber ist die Verschiedenheit zwischen beiden hinsichtlich der Wirkungen, welche sie dieser Verweisung beilegen. Während nämlich der sächsische Entwurf einfach die Verpflichtung zur Verweisung im § 247 ausspricht und die Frage unerörtert läßt, wie sich zu diesem Verweisungsbeschluß das Bezirksgericht verhalte, (was nicht zu berühren freilich deshalb näher lag, weil die Verweisung ja nur in jenem einen Falle des nachträglich über die Existenz des Rechts ausbrechenden Streites eintreten soll, hier aber Verschiedenheit der Auffassung zwischen Bezirksgericht und Gerichtsamt schwerlich eintreten wird) — währenddeß schreibt der deutsche Entwurf § 7 am Ende vor:

> „Das Verweisungsurtheil unterliegt keinem Rechtsmittel und bindet das Gericht, vor welches die Sache verwiesen ist.“

Umsonst sehen wir uns nach einem Grunde um, welcher diese Bestimmung uns erklärte. Man wird uns die entsprechende Wirkung des strafprocessualischen Verweisungserkenntnisses nicht entgegenhalten wollen; selbst soweit eine Aehnlichkeit zwischen beiden besteht, kommen für den Strafproceß ganz andere Gründe in Betracht. Unverkennbar hat man sich mit diesem Anschluß an die hannoversche Proceßordnung der Gefahr entziehen wollen, daß eine und dieselbe Sache vom Einzelrichter ans Collegium von diesem wiederum zurück an den Einzelrichter gewiesen würde. Der Zweck mag anerkennenswerth sein, allein das Mittel erscheint uns höchst verfehlt. Die nächstliegende Frage, die nämlich nach der Zuständigkeit des Collegiums, wird so auffallend summarisch behandelt, als ob man sie ganz übersehen hätte.

Darauf kommt es doch vor allen Dingen an, sich zu vergegenwärtigen, daß keineswegs die Nothwendigkeit vorliegt, gerade diesem Justizcollegium die Sache zuzuweisen, welches neben beziehendlich über dem angegangenen Einzelrichter steht, daß vielmehr durch die Verwandlung der Sache in eine Justizcollegialsache auch alle diejenigen Competenzgründe für sie in Anwendung kommen müssen, welche für sie in dieser ihrer Qualität gesetzlich etablirt sind. Welcher Grund liegt vor, dem Kläger hier sein Wahlrecht zu benehmen? man entgegnet vielleicht, die Klage ist einzelrichterlich geblieben, sie an sich kann den Kläger zum Anrufen des Collegiums nicht berechtigen; allein man subintelligirt doch auch bei diesem Verweisungserkenntniß die Totalität des Rechtsstreites; steht insofern also in gleichem Widerspruch.

Nach unserer Ansicht ist dieses bindende Verweisungserkenntniß ein arger Fehlgriff des deutschen Entwurfs, der um so schärfer in die Augen fällt, wenn man dieses Erkenntniß vergleicht mit der Zurückweisung, welche gleich anfangs wegen Ueberschreiten der Summengränze erfolgt. Bindet das eine, warum bindet das andere nicht? Rechtlich möglich und mit der Stellung des Einzelrichters zum Justizcollegium allein vereinbar scheint uns die gemeinrechtliche Institution, daß der Spruch des Richters einzig über seine eigne Zuständigkeit ergeht. Alles was über diesen negativen Gehalt hinausgeht und die Competenz eines andern Gerichts positiv bindet, das entbehrt jedes innern Grundes und kann nur zu bedenklichen Folgen führen. Die Gerichte werden auch ohne solche Zwangsjacke schon ein Resultat liefern, welches dem wirklich vorhandenen Verhältniß besser entspricht, als jene gesetzliche Bestimmung das vermag.

Obgleich wir uns also entschieden gegen die Bestimmung des deutschen Entwurfs erklären, machen wir doch darauf aufmerksam, wie ungemein er den sächsischen an Einfachheit der Structur auch hier übertrifft.

§ 9.

Dasselbe Kleben am Alten, wie wir es bei der Widerklage fanden, am Alten, dessen Schattenseite man im allgemeinen zu-

gesteht, um sie im besondern beizubehalten, zeigt sich uns auch an einer anderen weit eingreifenderen Stelle des sächsischen Entwurfs: bei der Behandlung nämlich des abgekürzten Verfahrens. Das Kreuz der Abkürzung, an welchem die sächsische Gesetzgebung nun schon seit Jahrhunderten schwer zu tragen hat, auch jetzt hat man es nicht abgeworfen.

Wenn ein Gesetz als erstinstanzliche Gerichte je nach Beschaffenheit der Sachen Einzelrichter und Justizcollegien neben einander aufstellt, so erscheint bei ungezwungener Betrachtung nichts natürlicher, als daß die Proceßgattung für beide auch eine verschiedene ist, daß die Art des Verfahrens sich der Gerichtsorganisation so zu sagen als deren nothwendiger Ausdruck anschließt. Man gewinnt dadurch den ganz eminenten Vorzug, daß alle Voraussetzungen sich vereinfachen, daß sich zwischen den einschlagenden Bestimmungen ein weit innigerer Zusammenhang herstellen läßt und daß in Folge dieser beiden Eigenschaften ein Hineinarbeiten in die gesetzlichen Bestimmungen wie auch deren praktische Anwendung mit weit geringerer Mühe verbunden ist. Denn die Begriffe erhalten etwas, ich möchte sagen, concentrisches, wer den einen hat, bei dem stellen sich die andern schlagartig von selbst ein. Statt sich nun aber diese Vortheile zu sichern, die man um so mehr ins Auge fassen muß, als man ja erklärt darauf hinzuarbeiten, den Betheiligten so weit möglich ohne den Beistand eines Advocaten die selbsteigene Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten in die Hand zu legen, — statt dessen hat der sächsische Entwurf theils aus Streben nach Reichhaltigkeit und providentieller Normirung, theils aus wenn auch erklärlicher, doch nicht zu billigender Anhänglichkeit an das Hergebrachte folgende Bestimmungen vorgeschlagen.

Das Verfahren selbst wird zum Ausgangspunkt genommen, es ist entweder ordentliches oder abgekürztes. Lassen wir Nebenpunkte hier außer Ansatz, so fallen also kraft gesetzlicher Bestimmung die betreffenden Rechtsstreite in das abgekürzte Verfahren und durch dieses abgekürzte Verfahren wird für sie die Zuständigkeit des Gerichtsamts begründet. Der § 5 sagt:

„Jedes Gerichtsamt ist in seinem Bezirke . . . als Gericht erster Instanz zuständig für die im abgekürzten Verfahren . . . zu verhandelnden Rechtsstreite ꝛc."

Dieser Gedankengang vom Verfahren zum Gericht statt vom Gericht zum Verfahren hat etwas so gekünsteltes, daß höchstens ein Jurist ihm Geschmack abgewinnen kann. Für Nichtjuristen wird schon durch ihn das Erfassen der Sachlage erschwert. Dazu kommt nun aber der Umstand, daß dies abgekürzte Verfahren doch wieder nicht in allen Fällen die Zuständigkeit des Gerichtsamts anzeigt, sondern daß bei den Bestimmungen über abgekürztes Verfahren angelangt, wir wieder auf den § 919 stoßen: „Gehört ein im abgekürzten Verfahren zu verhandelnder Rechtsstreit vor ein Collegialgericht, so ꝛc." Es findet also auch vor Collegien abgekürztes Verfahren statt. Aber nicht blos der Ausdruck, auch der Gedanke selbst ist unserer Ueberzeugung nach nicht gemeinverständlich. Querüber über die beiden neben einander stehenden Gerichte legt sich dasselbe Verfahren, in der That eine Einrichtung, für welche wir nicht einmal Juristen, geschweige Nichtjuristen, Rechenschaft geben könnten.

Allein damit ist man noch nicht zufrieden gestellt. Nicht genug, daß man jene schiefe Lage des abgekürzten Verfahrens herbeigeführt und dadurch zum mindesten den Vortheil wieder aufgewogen hat, den man durch die Umkehr von den Superlativen der Geringfügigkeit schuf; nicht genug damit, man hat auch festgehalten an dem Institut der Hinüberleitung eines und desselben Rechtsstreites aus dem einen in das andere Verfahren, sobald sich die Voraussetzung des Werthes nachträglich einstellt. Wir haben schon vorhin gesehen, daß in dem Falle, wo die Vergrößerung des gerichtsamtlichen Streitobjects durch das Hereinbrechen des Streits über die Existenz des bisher unbestrittenen Rechts erfolgt, dann die Sache ans Bezirksgericht überwiesen werden soll. Das Bezirksgericht würde dann im ordentlichen Verfahren die Sache aufnehmen. Wie aber wenn bei einer bezirksgerichtlichen Sache der Werth sich mindert? § 245 lautet:

„Die Erhöhung oder Verminderung des Werthes des Streitgegenstandes während des Rechtsstreites bleiben, wo nicht etwas Anderes bestimmt ist, ohne Einfluß auf die Zuständigkeit des Gerichtes.“

Also das Bezirksgericht behält die Sache; es giebt sie nicht an das Gerichtsamt. Aber trotzdem hat man den ungemeinen Vorzug eines abgekürzten Verfahrens nicht aus der Hand lassen wollen. § 246 sagt, es habe bei solcher nachträglicher Minderung „das Gericht die weitere Verhandlung von Amtswegen in das abgekürzte Verfahren überzuleiten.“

Hält man nun etwa eine Gesetzgebung für volksthümlich oder auch nur gemeinverständlich, welche einen so umfassenden Apparat in Bewegung setzt? Es ist doch unleugbar, daß in Folge solcher Bestimmungen jede Partei, die ihren Anspruch selbst verfolgen will, ganz wie bisher mit ziemlich umfassenden Kenntnissen des Proceßrechtes gerüstet sein muß, um auch nur die Wirkungen ihrer eigenen Erklärungen und Zustimmungen sich klar zu vergegenwärtigen. Das heißt mit andern Worten, die Befugniß zur eigenen Proceßführung wird wie bisher für die nicht geschulte Partei illusorisch, die Advocaten behalten die Processe in der Hand nicht aus freier, sondern aus erzwungner Entschließung des Publikums. Oder kann man sich einen Nichtjuristen denken, der verstände, was es heißt, wenn der Gerichtsvorsitzende ihn auf Grund von § 246 am Ende fragt, ob er der sofortigen Hinüberleitung der Sache ins abgekürzte Verfahren zustimme? Soll etwa der Vorsitzende ihn dann unterrichten, was das bedeute? oder soll die Partei ihrem Wunsch, so rasch wie möglich zu Ende zu kommen, hier einen Ausdruck geben, von dessen Zweischneidigkeit sie sich keine Vorstellung macht? Wollte man solche Bestimmungen treffen, dann hätte man einfacher gehandelt, wenn man schlechtweg Advocatenzwang für diese Sachen eingeführt hätte, dann, aber auch nur dann wären solche Sätze verständlich und insofern relativ gerechtfertigt.

Um das Maß denn vollzumachen und das abgekürzte Verfahren, welches das Evangelium des sächsischen Entwurfes ist,

wo nur irgend möglich herbeizuführen, hat man im § 921 bestimmt, daß auch durch Parteiconvention, die Zustimmung des Gerichts vorausgesetzt, Forderungen im abgekürzten Verfahren verhandelt werden können, welche sonst ihrer Werthgröße oder Unschätzbarkeit halber in das ordentliche Verfahren gehören würden. Wohlverstanden, von einer prorogatio fori ist hier nicht die Rede, sondern von der Vereinbarung blos über den modus procedendi. § 921 sagt ausdrücklich:

> „An der Zuständigkeit des Gerichtes für den Rechtsstreit wird durch solche Vereinigung etwas nicht geändert . . .“

und in den Motiven des ersten Entwurfes heißt es zur weiteren Begründung:

> „Die Zustimmung des Gerichts aber hat nicht die Folge, daß die Sache nunmehr an dasjenige Gerichtsamt verwiesen wird, welches für dieselbe bei einem Werthbetrage von 100 Thalern oder weniger zuständig gewesen wäre, vielmehr verbleibt sie bei dem Gericht, welches nach dem Werthbetrag zuständig ist . . . Man ging hierbei von der Ansicht aus, daß es nicht füglich den Parteien nachgelassen werden könne, beliebig eine Streitsache von dem durch das Gesetz für dieselbe angeordneten Gerichte weg an ein anderes Gericht zu bringen.“

Also wieder die vorhin schon uns aufgestoßene Abneigung gegen freie Bewegung der Parteien! wieder diese Naivetät: nicht zu erkennen, daß gerade und allein der Gesetzgeber und das Gesetz es sein soll, welches der Parteivereinbarung jenen Werth verleiht. Zudem, wie läßt sich das mit den selbst gelehrten Grundsätzen über Prorogation reimen? Dort gestattet man das Anrufen eines nicht „gesetzlich angeordneten“ Gerichts, wenn nur dieses selbst einwilligt; wie kommt's, daß man hier von der Zustimmung des anzugehenden Gerichtsamts schweigt und, wenn auch nicht mit klaren Worten, so doch der Sache nach von dem Gedanken ausgeht, daß das Proceßgericht ein jus quaesitum auf die Fortführung des Rechtsstreits habe? Ja, wenn es sich

blos um den Fall handelte, daß das Prozeßbezirksgericht durch die freiwillige Unterwerfung zuständig geworden wäre! dann könnte der Entwurf sich mit sich selbst schützen, indem er auf seinen § 83 hinwiese, der die Wiederaufhebung der Competenz, wie oben gesagt wurde, verbietet. Allein man wird doch nicht solchen vereinzelten Fall im Auge gehabt haben und das Resultat ist für uns wiederum das, daß wir Entwurf und Motive nicht in Einklang zu bringen wissen. Wir sehen keinen andern Ausweg, als daß wir die Bestimmung des Entwurfes blos erklärend verstehen: erklärend nämlich, welchen Sinn die Vereinbarung der Parteien blos über den modus procedendi habe, nicht aber wie die Motive wollen die Bestimmung darin erkennen, daß den Parteien die nachträgliche prorogatio auf ein Gerichtsamt, dessen Zustimmung vorausgesetzt, verboten werde.

Wie aber, das ist die nächstliegende Frage, wie stellt sich das Collegialgericht zu solchem, ihm von vornherein gesetzlich zugewiesenen, oder durch Parteivereinbarung mit seiner eigenen Zustimmung geschaffenen abgekürzten Verfahren? Der § 921 verweist uns auf § 919. Dieser lautet:

> „Gehört ein im abgekürzten Verfahren zu verhandelnder Rechtsstreit vor ein Collegialgericht, so hat die Verhandlung desselben nicht in collegialer Sitzung, sondern vor einem Mitgliede des Gerichtes . . . Statt."

Wir hoffen weitverbreitete Zustimmung zu finden, wenn wir gegen diese Bestimmung uns aufs entschiedenste erklären. Man schafft Collegialgerichte und Einzelrichter; angeblich sollen die Collegialgerichte als die regelmäßigen Gerichte erster Instanz angesehen werden. Allein zur Hinterthür sucht man das einzelrichterliche Verfahren wieder herein zu bringen. Und was uns die Hauptsache scheint, man thut dies nicht auf dem ehrlichen Wege einer freiwilligen Unterwerfung der Parteien unter den Spruch des Einzelrichters, sondern man läßt Namens des Collegiums die Verhandlung und Entscheidung von einem Mitgliede eben dieses Collegiums erfolgen, man macht das Collegium zum Einzelrichter, der einzig dem Namen nach vom Gerichts

amtmanne sich unterscheidet. Ja nicht einmal das in allen Fällen, wir brauchen nur an die Gerichtsämter in den Bezirksgerichten zu erinnern.

Für solches Hin- und Herschwanken fehlt uns jedes Verständniß, um so mehr als die einfache Structur anderer Gesetze Beispiele an die Hand gab, wie man auf dem Gebiete des Processes vorgehen muß, um mit Zweckmäßigkeit der Einrichtungen systematische Klarheit in den Bestimmungen zu verbinden. Uns scheint es unerläßlich, daß man den Plan, die Justizcollegien mit dem abgekürzten Verfahren in Verbindung zu bringen, völlig aufgiebt, denn mit ihm eine Durchsichtigkeit und volksthümliche Verständlichkeit zu erreichen, das halten wir für unmöglich. Man nehme den Bezirksgerichten die ihnen gesetzlich zugewiesenen Fälle abgekürzten Verfahrens und man streiche gleicher Weise jene Befugniß der Parteien mit Zustimmung des Gerichts das ordentliche Verfahren in abgekürztes zu verwandeln. Man scheide Bezirksgerichtliches und Gerichtsamtliches Verfahren, man richte beide so ein, daß sie die nöthige Beweglichkeit für den concreten Fall mit der erforderlichen Kürze vereinigen und die Erfahrung wird hier wie anderswo lehren, daß zu einem abgekürzten Verfahren neben diesem ordentlichen kein Anlaß mehr vorhanden ist, wenn wir von außerordentlichen Prozeßgattungen absehen. Zwischen diese beiden Gerichten vertheile man die Rechtsstreite möglichst praktisch, aber die Organisation der Gerichte halte man fest und gestatte dem Gericht aus eignem Willen weder, noch auf Antrag der streitenden Theile sich aus einem Collegium in einen Einzelrichter und wenn sich das vielleicht nachher wünschenswerth machen sollte, wieder zurück in ein Collegium zu verwandeln. Wir sehen keinen Grund, das einzelne Mitglied eines Collegiums für tauglicher zu erklären, als den Einzelrichter; und aus dem Collegium Einzelrichter zu schaffen, das ist nach unserer Ansicht ein völlig anlaßloser Pleonasmus, dessen praktische Durchführbarkeit uns um so zweifelhafter erscheint, wenn wir erwägen, daß durch solche Einrichtung die auf Charakter, Talent und Kenntnisse tiefbegründete Verschie-

denheit der Tüchtigkeit zum Einzelrichter einerseits und andererseits zum Collegialmitgliede verwischt und für die Mitglieder der Collegien in gewissem Sinn die Nothwendigkeit geschaffen wird, sich für die sofortige Function als Einzelrichter allzeit gerüstet zu halten. Man theile also scharf und klar. Wollen dann die Parteien an Stelle des als Regel betrachteten Collegiums die Entscheidung des Gerichtsamts einholen, so liegt kein Grund vor, ihnen das zu wehren, möge ihr Entschluß gleich anfangs oder erst im Laufe des Verfahrens zur Reife kommen; man gestatte ihnen das Angehen des Gerichtsamtes, wenn dieses die für nöthig gehaltene Zustimmung zu seiner Competenzerweiterung geben will, oder, noch besser, man adoptire schlechtweg die Bestimmungen des deutschen Entwurfes und zwinge das Gerichtsamt zur Annahme. Dann wird man klarverständliche und praktisch jedem Bedürfniß genügende Institutionen schaffen, die wir nur dann für möglich halten, wenn man mit allen denjenigen Reminiscenzen bricht, welche ihre Entstehung der causa ardua, minuta und minutissima verdanken.

Auch hier übertrifft der deutsche Entwurf, welcher den eben entwickelten Grundsätzen in gleicher Weise wie die hannoversche Proceßordnung gerecht wird, nach unserer Ansicht weitaus den sächsischen.

§ 10.

Wir werden das Instanzenverhältniß gelegentlich der Rechtsmittelfrage berühren. Für jetzt schließen wir die Frage der Behördenorganisation mit einem Blick auf die Staatsanwaltschaft ab. Wer die Zusammensetzung der deutschen Civilproceßcommission kennt und somit weiß, daß sie lebhafte Verfechter der staatsanwaltschaftlichen Mitwirkung in ihrer Mitte zählt, der konnte das Ergebniß voraussehen. Man hat transigirt und während die einzelnen Functionen der Staatsanwaltschaft ins Gesetz aufgenommen sind, hat man ihnen die generelle Clausel im § 2 vorangestellt, daß der Landesgesetzgebung die gänzliche oder theilweise Ausschließung der Staatsanwaltschaft vorbehalten

bleibe, (was man bei Abfassung des § 163 vergessen zu haben scheint.) Es ist wohl mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß jene Vorschläge, wie sie namentlich die §§ 155 u. fg. aufstellen, von den meisten deutschen Gesetzgebungen zurückgewiesen werden. Der Cultus der Idee, daß die Staatsanwaltschaft Wächter des Gesetzes und als solcher berufen sei, an allen Fragen Theil zu nehmen, dieser Cultus mag für Manche etwas bestechendes haben, übt er doch auf die Staatsanwälte selbst regelmäßig eine electrisirende Wirkung. Wir aber mißtrauen dieser Institution durchaus, ihre ganze Vergangenheit in Frankreich charakterisirt sie als dem deutschen Wesen schroff widersprechend, und wenn wir auch bereitwillig zugeben, daß die Verpflanzung auf deutschen Boden einen Theil der Auswüchse unmöglich machen würde, so ist die ganze Einrichtung doch vollständig unproductiv; Zeit und Kosten stehen nicht im Entferntesten im Verhältniß mit dem Nutzen, den man erreichen will. Das Parteiinteresse und die Bildung des Richterstandes liefern vollaus die erforderlichen Garantien für umsichtige Behandlung der Sachen; hält man dafür, daß die Gerichte erst durch den staatsanwaltschaftlichen Vortrag auf das Rechte geführt werden müssen, so ist es offenbar zweckmäßiger, diese hervorragend begabten Staatsanwälte kurzer Hand zu Richtern zu machen.

Daß in manchen Fällen die Anwesenheit des Staatsanwalts von großem praktischen Interesse sein wird, wollen wir natürlich nicht in Abrede stellen; allein der Procentsatz solcher Fälle ist zu klein, um nach ihm eine Regel zu bilden.

Es hat daher, von unserm Standpunkte aus, der sächsische Entwurf den Vorrang, wenn er keine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft kennt.

Eine andere Frage ist, ob es nicht rathsam sei, der Staatsanwaltschaft einzelne derjenigen Functionen zuzuweisen, welche, ohne richterlicher Natur zu sein, bislang dem Gerichte oblagen. Wir glauben, daß gewichtige Gründe namentlich dafür sprechen, die Ertheilung des Armenrechts dem Proceßgericht zu benehmen und diese Bestimmung ließe sich ohne Schwierigkeit auch dem sächsi-

schen Entwurfe einverleiben. — Auf die Mittheilung gerichtlicher Decrete an auswärtige Parteien, die Anregung proceßpolizeilicher Machtäußerungen u. s. w. legen wir keinen Werth. Es scheint uns im Grunde ziemlich indifferent, wem diese Acte obliegen; vielleicht empfiehlt sich ihre Besorgung durch das Gericht noch durch größere Einfachheit und Ersparniß an Zeit, welche letztere insbesondere dann eintreten würde, wenn die Staatsanwaltschaft nicht ohnehin zugegen wäre, also erst jedesmal angegangen werden müßte.

§ 11.

An die Organisation der Behörden schließt der deutsche Entwurf passend die Bestimmungen über Gerichtsstand in § 9—30. Es würde zu weit führen, wollten wir uns in die Details einlassen. Einzelnes, namentlich über Erstreckung des Gerichtsstandes, haben wir ohnehin schon erwähnt. Wir greifen nur die Bestimmungen über die Widerklage heraus. Der § 21 lautet:

> „Eine Widerklage kann bei dem Gerichte der Klage angestellt werden, wenn der Gegenanspruch mit dem Klaganspruche im rechtlichen Zusammenhange (Connexität) steht, zugleich mit der Klagbeantwortung geltend gemacht wird und nicht einen Gegenstand betrifft, welcher durch freiwillige Vereinbarung der Parteien vor das Gericht der Klage nicht gebracht werden darf."

Nach den Motiven glaubt man in der Commission, sich hier im Einklange mit dem römischen Rechte zu befinden, dessen zweckmäßiges Postulat der Connexität zwar von den Reichsgerichten anerkannt, von dem kanonischen Recht jedoch verworfen worden sei. Diesem letzteren sollen sich die meisten neueren deutschen Gesetze angeschlossen haben und dadurch die verbreitete Zulassung der Widerklage ohne Connexität entstanden sein. — Allein diese Deduction ist nicht richtig. Es ist durch Planck's Untersuchungen dargethan, daß das römische Recht durch die Novelle 96 die Connexität aufgegeben hat, daß ebenso durch romanisches und

altdeutsches Recht wie neuere Praxis an dieser Auffassung festgehalten ist. Erst das Bestreben: wo möglich die beiden Processe in einen zu verschmelzen, das Streben nach der Simultaneität des Verfahrens hat in einzelnen Landesgesetzen des vorigen Jahrhunderts die Connexität, gleichsam als Richtschnur für richterliches Ermessen, zum gesetzlichen Postulat erhoben.

Aber das römische und mit ihm das romanische Recht gehen von einem durchaus anderen Gesichtspunkte aus, wie unser altheimisches. Im fremden Recht handelt es sich um Schutz des Klägers. Während desselben Processes soll der Beklagte ihn nicht vor anderem Gericht belangen dürfen, damit nicht jeder Schritt in der Hauptsache verschleppt oder gar unmöglich gemacht werde durch die Nothwendigkeit des Hauptklägers, drüben sich als Beklagter zu stellen. Die Gesetze verbieten daher dem Hauptbeklagten die Erhebung eines Anspruches gegen den Hauptkläger vor anderm als dem Proceßgericht; sie verpflichten ihn, wenn er überall klagen will, zur Klaganstellung in foro litis pendentis und zwar das römische Recht zur sofortigen, während das kanonische Recht nach cap. 3, de rescriptis in VI^to^ ihm die Erhebung durante judicio freiläßt.

Diesem Zwange des fremden Rechts, nur da zu klagen, wo der Hauptproceß verhandelt wird, steht das altdeutsche Recht gegenüber, in der Auffassung, daß es sich um eine Begünstigung des Beklagten und nicht des Klägers handelt. Der Sachsenspiegel I. 60. § 3 (Hom.) sagt:

> „Svar die man recht vorderet, dar sal he rechtens plegen unde helpen."

Der Kläger muß also Recht geben, wo es ihm gegeben wird. Daraus ergiebt sich aber auch der mit dem fremden Recht unvereinbare Satz: daß erst dann der Hauptkläger auf die Widerklage sich einzulassen pflichtig ist, wenn ihm Urtheil gesprochen ist. Ssp. III. 12.

Die Frage ist nun, welches Prinzip ist unseren heutigen Verhältnissen angemessener? Zwei Wirkungen liegen augen-

scheinlich vor, die Competenzbegründung und die Vereinigung der Widerklage mit dem Hauptproceß. Welche soll dominiren? Die erstere entspricht mehr dem altdeutschen Recht, die zweite mehr dem fremden.

Planck, so viel wir sehen können, faßt als das Bestimmende die Möglichkeit der Vereinigung auf. Diese Ansicht drängt dahin, die Erhebung der Widerklage nur zu einem Zeitpunkt zu gestatten, wo diese Vereinigung nicht schon durch das vorgerückte Stadium des Hauptverfahrens unthunlich geworden ist. Connexität hingegen zu verlangen ist nicht die Consequenz dieses Standpunkts; vielmehr wird selbst im Falle der Connexität dem Richter die Frage der Vereinigung als eine der Proceßleitung zu überlassen sein. Davon ist aber die unvermeidliche Folge, daß die Zulassung der Widerklage im Sinne dieser Vereinigung überhaupt nicht gesetzlich ausgesprochen werden kann, sondern daß wir nur zu dem Satz gelangen: ob dem Beklagten zu gestatten ist, seinerseits gegen den Kläger ebenfalls selbstständige Ansprüche in demselben Verfahren durchzuführen, das ist Sache des richterlichen Ermessens. Hielte der Richter diese Vereinigung nicht für rathsam, so hätte er folgerichtig die Widerklage ganz abzuweisen. Diese wäre mithin ein bloßer Versuch, den Richter zur Vereinigung zu bewegen und dadurch die Competenz zu begründen.

Wir halten es nicht für zweckmäßig, diese Frage der Proceßleitung vor die der Competenz zu stellen. Nach unserer Ansicht ist die Begründung des Gerichtsstandes das Entscheidende. Mag dieselbe immerhin in früherer Zeit sowohl vom altdeutschen wie vom fremden Recht aus Motiven geschaffen sein, welche uns heut zu Tage fern liegen; es läßt sich trotzdem nicht verkennen, daß beachtliche Gründe ihr auch unter den jetzigen Verhältnissen das Wort reden, und daß wir keineswegs durch ihre Anerkennung die Justizverfassung implicite tadeln. Der Beklagte wird den Umständen nach leichtere Proceßführung durch sie erhalten; es wird ihm besonders weit leichter, die etwa auftauchenden Incidentfragen, z. B. der Kostencaution und vorzüglich der Aufschiebung der Execution, zur Erledigung zu bringen; er hat

regelmäßig nur einen Sachwalter für beide Processe nöthig u. s. w. — und gestattet der Richter die Vereinigung zu Einem Verfahren, desto besser für den Beklagten. Anderseits sehen wir einen lästigen Druck des Hauptklägers in dieser Competenzbegründung keineswegs, auch für ihn mag es nicht selten sogar von Nutzen sein, beide Processe vor einem und demselben Gericht vielleicht in einem und demselben Verfahren verhandeln zu können.

Jedenfalls beugen wir dem Uebelstande vor, daß über einen und denselben Anspruch möglicher Weise zugleich vor verschiedenen Gerichten processirt, also auch ein verschiedenes Urtheil erlangt wird. Nehmen wir an, daß Beklagter eine Compensationseinrede eventuell einer geläugneten Klage opponirt, so würde er die Verurtheilung des Klägers nur dadurch erreichen können, daß er diesen zugleich vor dessen Forum selbstständig verklagt, wenn wir anders nicht die Widerklage nur dem Namen nach ausschließen, in Wirklichkeit sie dadurch zulassen wollen, daß wir in solchen Fällen Verurtheilung des Klägers auf Grund der erwiesenen Compensationseinrede eintreten lassen.

Die Zulassung der Widerklage erscheint uns demnach durchaus geboten und zwar vom Gesichtspunkte der Competenzbegründung aus und ohne der Möglichkeit der Vereinigung erheblichen Werth zu geben. Daraus würde sich dann freilich zugleich ergeben, daß kein Grund vorliegt, ihre Connexität zu fordern, wie es der deutsche Entwurf thut.

Hannover, § 14, Oldenburg, Art. 32, Baden, § 22, Braunschweig § 23 fordern keine Connexität und es dürfte dem unbedenklich beizutreten sein. Wenn man auf den ersten Blick geneigt sein könnte, anzunehmen, daß durch die mündliche Verhandlung das Erforderniß der Connexität nöthig gemacht werde, so würde dieses Bedenken sich dadurch erledigen, daß eine gleichzeitige Verhandlung hier so wenig wie in andern Fällen einer Klagenhäufung absolut nothwendig wird, daß es vielmehr durchaus vom richterlichen Ermessen abhängt, ob er die Verschmelzung der beiden selbstständigen Processe eintreten lassen will oder nicht.

Nur wenn man das Prinzip der Vereinigung annimmt, läßt sich das Postulat der Connexität erklären.

Von unserm Gesichtspunkte würde sich ferner die Folgerung ergeben, daß die Erhebung der Widerklage nicht auf den Beginn des Hauptprocesses beschränkt ist. Es handelt sich vor allem um die Competenz, und die Gründe für sie greifen in gleicher Weise Platz, wenn auch erst während des Hauptprocesses der Anspruch entstehen sollte, welchen der Beklagte widerklagend geltend machen will. Baden, Braunschweig und die frühere hannoversche Gesetzgebung haben auch diese Consequenz.

Was soll nun aber geschehen, wenn gegen einen einzelrichterlichen Anspruch eine collegialgerichtliche Widerklage erhoben wird, erst nachdem die Hauptklage sich im vorgeschrittenen Stadium befindet?

Sobald die Justizcollegialsache gleich anfangs erhoben wird, dann wird, wie wir früher sahen, die Gesammtheit der Ansprüche als ein Ganzes betrachtet und an das Justizcollegium auch die einzelrichterliche Sache devolvirt. Später ist das nicht wohl möglich, weil die einzelrichterliche Sache bereits ihren selbstständigen Verlauf genommen hat. Das hannoversche Gesetz, in Abweichung von der früheren Proceßordnung, hat um dieses Falles willen bestimmt, daß die Erhebung der Widerklage nur bis zur Klagbeantwortung statthaft ist. Dem ist jetzt der deutsche Entwurf gefolgt. Wir glauben, es ist zu dieser Lösung keine durchschlagende Veranlassung vorhanden.

Das Motiv, aus welchem man in Hannover das alte Recht, welches alle Consequenzen der Competenztheorie aufstellte, durch die jetzige Proceßordnung beseitigte, liegt unverkennbar wiederum in einem Abfall zur Vereinigungstheorie. Deshalb soll die Widerklage hier nicht gestattet werden, weil die Vereinigung zu einem Verfahren nicht möglich ist. Grade die Durchführung der Competenztheorie aber hätte eine Lösung geschaffen, die uns annehmbarer zu sein scheint. Die hannoversche Proceßordnung selbst bietet uns die Hand dazu, durch die mehrfach erwähnte Bestimmung, daß die gleich anfangs erhobene größere Widerklage die kleinere Hauptklage mit

sich ins Justizcollegium zieht. Steht nämlich dieser Satz ganz kategorisch dar, greift er Platz ohne alle Rücksicht darauf, ob eine Vereinigung der beiden Processe wirklich eintreten kann, ja obgleich sich vielleicht schon auf den ersten Blick die Unmöglichkeit solcher Vereinigung herausstellt, so liegt unsers Erachtens Nichts näher, als ihn auch hier zur Anwendung zu bringen. So gut man der Widerklage soviel Gewicht beilegt, um die einzelrichterliche Sache vor das Justizcolleg auch ohne Aussicht auf Vereinigung zu ziehen; ebensogut kann man hier die Widerklage ihren Weg an das einschlagende Justizcollegium gehen lassen, unbeschadet der bei dem Einzelrichter zum Ende zu führenden kleineren Sache.

Die Vorzüge dieser Erledigung liegen auf der Hand. Wir gewinnen nicht blos eine innere Consequenz der einzelnen Bestimmungen dadurch, welche von erheblichem Werth durch die Erleichterung der Anwendung ist, sondern auch unmittelbar praktische Vortheile stellen sich ein. Die Geltendmachung später erst entstandener Ansprüche wird solchergestalt möglich und ihr Vorschub zu leisten, dafür sprechen alle Gründe, welche überall der Widerklage das Wort reden. Und wenn man uns einhalten will, daß der praktische Nutzen durch die Identität des Gerichtes bedingt sei, hier mithin wegfalle, so wird eine gewisse Erleichterung bei alledem verbleiben, besonders aber dem Hauptbeklagten durch diese Möglichkeit, die Widerklage auch jetzt noch vor dem einschlagenden Justizcollegium anzustellen, ein Mittel in die Hand gegeben, durch welches er den Hauptkläger zur Prorogation auf das Proceßgericht der Hauptklage wird pressen können. Zu alledem kommt hinzu, daß es nicht gerade die Regel sein wird, daß gegen einzelrichterliche Sachen eine justizcollegiale Widerklage erhoben wird. Wir haben also auch keinen Anlaß, von diesem Falle aus die Gesetzesbestimmung zu treffen und um seinetwillen die Erhebung auch derjenigen Widerklage, welche innerhalb der Summengränze bleibt, an den Eingang des Hauptverfahrens zu fesseln.

Wir möchten also vorschlagen, daß der deutsche Entwurf

die Connexität für die Widerklage fallen läßt und sich zu allen Consequenzen des Competenzprinzips bekennt.

§ 12.

Ehe wir die Zuständigkeit verlassen, wollen wir noch einige Punkte hervorheben. Wir ziehen die Bestimmung des sächsischen Entwurfes § 71 der einschlagenden Bestimmung des deutschen vor. Der sächsische Entwurf hält an bewährten Sätzen fest, wenn er dasjenige Gericht, welches eine Verwaltung eingesetzt hat, hinsichtlich der über diese Verwaltung etwa entstehenden Rechtsstreite für ausschließlich zuständig erklärt. Der deutsche Entwurf hat statt dessen im § 19 folgende Bestimmung:

> „Klagen aus einer Verwaltung fremden Vermögens können bei dem Gerichte erhoben werden, in dessen Bezirke die Verwaltung geführt wurde.
>
> Bei einer gerichtlich aufgetragenen Verwaltung ist dasjenige Gericht, welches dieselbe zu beaufsichtigen hat, als das Gericht der geführten Verwaltung zu betrachten."

Hier scheint der sächsische Entwurf uns praktischer. Dagegen können wir uns mit keinem von beiden einverstanden erklären hinsichtlich des Gerichtsstandes des Arrests. Der sächsische Entwurf hat hier im Widerspruch mit Marschners Vorschlägen die Subsidiarität aufgegeben und der deutsche anderseits dehnt nach unserer Meinung diese Subsidiarität zu weit aus; die Competenz soll nur dann eintreten, „wenn gegen den Beklagten ein anderer Gerichtsstand im Inlande nicht begründet ist." Da „Inland" nach dem Sprachgebrauch des deutschen Entwurfs das Gültigkeitsgebiet der gemeinsamen deutschen Proceßordnung bezeichnet, so scheint uns die erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung, wie das gemeine Recht sie mit ins Auge faßt, über Gebühr unberücksichtigt. Wir stellen hier das richterliche Ermessen, wie es von dem gemeinen Recht durch die bloße Erklärung der Subsidiarität an die Spitze geschoben wird, weitaus höher; es wird, ohne drückend zu sein, sich den con-

creten Verhältnissen anschmiegen und dadurch eine wirklich praktische Erledigung in allen Fällen möglich machen.

Endlich noch Bemerkungen blos redactioneller Art. Der deutsche Entwurf sagt im § 24:

> „Ist in Fällen, wo eine jede der sich gegenüber stehenden Parteien zur Erhebung der Klage berechtigt erscheint, diese bei verschiedenen an sich zuständigen Gerichten erhoben worden, so wird dasjenige Gericht ausschließlich zuständig, bei welchem die Streitsache zuerst durch Behändigung der Klage anhängig gemacht wurde.“

Man ist hier wohl im Ausdruck weiter gegangen, als man wollte. Eine ausschließliche Zuständigkeit, welche also den Wegfall der andern Competenzgründe, mithin die Unmöglichkeit hervorbrächte, dieses Gericht mit einem der andern zu vertauschen, eine solche festzusetzen hat man wohl nicht beabsichtigt, sondern nur das Vorgehen des prävenirenden Gerichts aussprechen wollen. Während hier indeß noch ein Mißverständniß mit praktischen Folgen möglich ist, handelt es sich im § 26 um einen bloßen Ausdruck. Hier heißt es, und an andern Stellen kehrt dieselbe Fassung wieder:

> „In den Fällen des § 25 beschließt das höhere Gericht in berathender Sitzung“

Das ist doch wohl eine contradictio in adjecto. Man hat wohl sagen wollen: „nach vorgängiger Berathung.“

§ 13.

Wir überspringen die Bestimmungen über Parteilichkeit und Ablehnung der Richter und wenden uns zu dem zweiten Titel: „Von den Parteien.“ Der deutsche Entwurf sagt im § 51:

> „Die persönliche Fähigkeit der Parteien vor Gericht zu handeln, die Vertretung derjenigen Personen, welchen diese Fähigkeit mangelt, und die Nothwendigkeit besonderer Ermächtigung einer Partei oder ihres gesetzlichen

> Vertreters zur Proceßführung ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen."

Damit soll unverkennbar nur gesagt sein, daß keine gemeinsame Bestimmung zu treffen sei und wir dürfen unter „Landesgesetzen" uns nicht etwa die Gesetze des Landes denken, in welchem der Proceß geführt wird, im Gegensatz zu denen vielleicht des Wohnsitzes der Partei, des Orts des Geschäftsabschlusses u. s. w. Eine Entscheidung über die Collision der Gesetze hat man hier nicht beabsichtigt. Anderseits hat man durch Aufstellung der Consequenzen mittelbar das Prinzip anerkannt, daß die Gerichtsfähigkeit nichts sei als eine Seite der Handlungsfähigkeit.

Der sächsische Entwurf stellt dies Prinzip ausdrücklich an die Spitze, allein in einer Weise, die uns zu großem Bedenken Anlaß giebt. Der § 284 lautet:

> „Die Befugniß, sein Recht vor Gericht selbst zu verfolgen und zu vertheidigen, gerichtliche Handlungsfähigkeit, richtet sich, soweit in Nachstehendem nicht Ausnahmen bestimmt sind, nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über die Handlungsfähigkeit bei Rechtsgeschäften."

Wir hätten, wenn man sich auf das einfache „die Gerichtsfähigkeit ist ein Bestandtheil der Handlungsfähigkeit" nicht beschränken will, nichts Wesentliches einzuwenden, wenn nur nicht das Wörtchen „selbst" da wäre. Dadurch aber wird ein Mißverständniß blosgelegt, welches wir für einen Gesetzgeber unverzeihlich nennen möchten: der Entwurf verwechselt das Recht vor Gericht selbst zu erscheinen mit dem Recht Partei zu sein, das jus postulandi mit der legitima persona!

Im Ganzen und Großen bleibt nun freilich das Mißverständniß ohne praktische Wirkung, weil der sächsische Entwurf den Anwaltszwang nicht kennt. Gleich in dem ersten Falle einer Ausnahme aber, wie sie § 285 aufstellt, zeigt sich das Mißliche. Taubstumme u. s. w., soweit sie nicht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch zu bevormunden sind, sollen bei mündlichen

Verhandlungen sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen; sie dürfen neben diesem erscheinen und es kann auch das Gericht nach seinem Ermessen unter Zustimmung des Gegners durch Dolmetscher unmittelbar mit ihnen verhandeln. Es liegt auf der Hand, daß diese ganze Frage mit der Gerichtsfähigkeit garnichts zu schaffen hat, daß man die Taubstummen u. s. w. nicht gerichtsunfähig nennen kann. Vielleicht hat der Entwurf auch nur einen theilweisen Mangel annehmen wollen, allein dann hätte er, so falsch das immer noch bliebe, das um so mehr ausdrücklich hinstellen müssen, als dadurch allein die Congruenz mit § 295 erlangt werden konnte, der alle „Proceßhandlungen, bei denen eine Partei aufgetreten ist, welcher die gerichtliche Handlungsfähigkeit mangelt" für nichtig erklärt, also darauf, ob die Partei diese Handlungen selbst vorgenommen oder ihnen nur beigewohnt hat, keine Rücksicht nimmt.

Fehlt hier schon die Klarheit, so wird die zweite Ausnahme des Entwurfes noch außerordentlich viel bedenklicher. Der § 286 lautet:

> „Ausländern kommt nach zurückgelegtem ein und zwanzigsten Lebensjahre, auch wenn sie in dem Staate, welchem sie angehören, erst später volljährig werden, die gerichtliche Handlungsfähigkeit zu, soweit durch Staatsverträge nicht etwas Anderes bestimmt ist."

Man mag über die Collision der Gesetze denken, wie man will, darüber werden alle einig sein, daß die Volljährigkeit nach den Gesetzen des Domicils zu beurtheilen ist. Selbst Wächter, den seine Grundsätze nicht dahin führen würden, ist der Ansicht, daß dieser Satz durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht in ganz Deutschland anerkannt sei. Auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch geht, so viel wir sehen, von jenem Satze aus und was unsern Fall anlangt, so trifft es noch folgende fürsorgende Bestimmung im § 1879:

> „Bedarf ein im Auslande Bevormundeter oder ein in der väterlichen Gewalt eines Ausländers stehender Minderjähriger zu einem Rechtsgeschäfte oder Rechts-

streite im Inlande eines Vormundes, so kann dazu ein solcher von dem inländischen Gerichte bestellt werden."

Die Erwähnung des „Rechtsstreites" neben dem „Rechtsgeschäft", so pleonastisch sie immerhin ist, zeigt doch wenigstens, daß es in den Intentionen des bürgerlichen Gesetzbuches nicht liegt, von Grundsätzen abzuweichen, welche unseres Erachtens durch die natürlichen Verhältnisse zwingend dictirt werden. Anders aber die Civilproceßordnung. Hier glaubt der Gesetzgeber sich berechtigt, eine theilweise Abweichung einzuführen. Der Ausländer, mag er seinem Domicilgesetze nach auch erst mit 22 oder 25 Jahren volljährig sein, in Sachsen wird er mit vollendetem 21. Jahre volljährig ad hoc.

Weshalb? ist die nächste Frage.

Die Motive zum ersten Entwurf, der bereits dieselbe Bestimmung hat, sprechen sich zu ihrer Begründung folgendermaßen aus:

„Es würde die Rechtspflege in Bezug auf Ausländer oft sehr erschwert werden, wenn allemal erst nachgewiesen werden müßte, daß dieselben sich in ihrem Vaterlande selbst vor Gericht vertreten dürfen. Jedem Staate aber, welcher nicht durch Verträge gebunden ist, muß natürlich freistehen, das Lebensalter zu bestimmen, von welchem an dem Ausländer gestattet sein soll, selbst vor Gericht seine Rechte zu vertreten. Die Vorschriften des § werden sich demnach als sachentsprechend darstellen."

Wir sind gespannt darauf, wer sich diese Motivirung aneignen wird. So weit wir sehen, schwebt diese künstliche Gerichtsfähigkeit, die auch hier wieder mit dem jus postulandi vermengt wird, vollständig in der Luft, wenn man nicht so kühn ist, ihr die nothwendige Basis dadurch zu geben, daß man den Ausländern überhaupt und für alle Rechtsgeschäfte die sächsische Volljährigkeit octroirt, was zu thun dem Staate natürlich freistünde, auch eine erhebliche Erleichterung der Rechtspflege entschieden zur Folge haben würde.

§ 14.

Ueber die Streitgenossenschaft haben wir uns schon ausgesprochen. Was die Prinzipalintervention anbetrifft, so stellt der deutsche Entwurf im § 60 Folgendes auf:

> „Wer an einer Sache oder einem Vermögensganzen, worüber zwischen dritten Personen ein Rechtsstreit anhängig ist, einen beide Streittheile ganz oder theilweise ausschließenden Anspruch zu haben behauptet, kann, so lange dieser Rechtsstreit noch nicht völlig erledigt ist, gegen beide in demselben befangene Parteien bei demjenigen Gerichte, bei welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig gemacht worden war, Klage erheben (Hauptintervention).

Im weitern wird bestimmt, daß diese Hauptintervention den Hauptproceß nach richterlichem Ermessen sistiren, daß auch die Execution der im Hauptproceß gesprochenen Sentenz bei bescheinigter Gefahr oder erheblicher Erschwerung der Rechtsverfolgung ausgesetzt oder gegen Sicherheitsleistung vorgenommen werden soll. Wir können diesen Sätzen nicht beitreten, weil sie mit der Auffassung, welche wir von der Prinzipalintervention haben, nicht in Einklang zu bringen sind. Folgende Grundsätze sind unserer Ansicht nach maßgebend.

Mehrere Processe können neben einander geführt werden, obschon das Ergebniß des einen ein gleiches Ergebniß des andern praktisch nicht zuläßt, ohne daß deshalb nothwendig eine Sistirung des einen oder des andern Verfahrens stattfände. Nicht einmal in der Executionsinstanz braucht ihre Collision ans Licht zu treten. Für denjenigen aber, der einen Anspruch erhebt, dessen Durchführung jenes andere Verfahren als praktisch nutzlos wegen seines bessern Rechts darstellt, für diesen wird es vielleicht von Wichtigkeit sein, das Nebeneinanderher der Processe zu unterbrechen durch ein Hinübertreten in jenen Proceß mit der Erklärung seines bessern Rechts. Die Interessen, welche ihn dazu bestimmen, lassen sich unter einen doppelten Gesichtspunkt

fassen. Es wird sich für ihn handeln um eine Beschleunigung seiner eignen Befriedigung und um Sicherung derselben.

Was zunächst die Sicherung der Befriedigung anbelangt, so wird dieses Interesse besonders hervortreten, falls der bessere Kläger erst in der Executionsinstanz zu Maßregeln schreitet; die Beschleunigung seiner eignen Befriedigung hingegen wird dann als Motiv anzusehen sein, wenn er in den Lauf des Hauptprocesses mit jener Erklärung eintritt. Sucht er in jenem Falle das betreffende Befriedigungsobject für sich zu wahren, so hat er hier im wesentlichen die Absicht, die aus der Behauptung des bessern Rechts ihm bevorstehende Opposition beider Theile jetzt gleich wach zu rufen, sich nicht auf seinen natürlichen Gegner zu beschränken, sondern dessen bisherigen Gegner im Wege accessorischer Intervention mit hervor zu locken und sich dadurch die ihm sonst voraussichtlich drohende, selbstständige Bestreitung seines Anspruches fern zu halten. Es liegt freilich auf der Hand, daß er nur die eine Partei als seinen rechtmäßigen Gegner in Anspruch nehmen kann und daß ihm keine Mittel zu Gebote stehen, um den andern Theil zur Aufnahme des Streits gegen ihn zu zwingen. Er ist einzig auf die Interessen dieses andern Theils angewiesen, welche allerdings regelmäßig diesen zum sofortigen Bekämpfen des bessern Klägers treiben werden.

Daraus ergiebt sich zugleich, daß es für den besseren Kläger irrelevant ist, welchen Einfluß seine Erklärung auf den Hauptproceß hat, abgesehen von dem einen Punkte, daß er auf jeden Fall die Sicherung seiner eigenen Befriedigung zu erlangen suchen muß durch Aufschiebung der Execution oder cautio de eventualiter restituendo. Ob aber die Hauptparteien ihren Proceß trotz seiner Erklärung zu Ende führen, oder ob sie, oder vielleicht der Richter von Amtswegen das Verfahren sistiren, daran kann dem besseren Kläger nichts liegen. Er spricht also seine Erklärung des besseren Rechts in jenes Verfahren hinein (abgesehen von der ihm erwünschten Beschleunigung des Verfahrens gegen ihn,) blos zu dem Zweck die Execution zu

suspendiren und wenn er nun in praxi die Sistirung des Hauptprocesses beantragt, so ist das nur ein bequemer Ausweg, um ihn der Nothwendigkeit zu entheben, den Gang des Hauptprocesses so zu überwachen, daß er zur richtigen Stunde Protest gegen die Vollstreckung erheben kann.

Die Erklärung des besseren Rechts hat demnach stets Einen Zweck, den: die Vollstreckung zu hindern; allein sie kann diesen Zweck zu erreichen suchen durch ausdrückliches Gesuch, oder auch durch bloße Appellation an das eigene Interesse der Hauptparteien, der bei erwiesener Erfolglosigkeit dann ein ausdrückliches Gesuch seiner Zeit folgen würde. Aus dem Zweck ergiebt sich, daß die Erklärung nur durch den wirklichen Vollzug der Execution zeitlich begränzt wird. Neben diesem Zweck der Sicherung seiner Befriedigung kann auch der der Beschleunigung in Rede stehen und die Wirkung äußern, daß der bessere Kläger seine Erklärung so zeitig wie möglich beschafft.

Diese Erklärung des besseren Rechts nun ist die Prinzipalintervention. Sie ist ein selbstständiger Act, der wohl in Beziehung steht zu der Anstellung der besseren Klage, aber keineswegs mit ihr zu verwechseln ist, denn er kann ihr vorgehen, mit ihr zugleich oder später erfolgen. Und was das bessere Recht anbetrifft, so tritt dasselbe nur durch diesen einen Act mit dem Hauptverfahren in eine Berührung, welche seiner selbstständigen Geltendmachung nicht den geringsten Eintrag thut.

Man hat sich nun aber daran gewöhnt und selbst Planck hat dem durch seine Gründe nicht abzuhelfen vermocht, daß man jene Erklärung des besseren Rechts und die Geltendmachung desselben unter dem Namen der Prinzipalintervention zusammenfaßt. Das ist für das richtige Verständniß beider in hohem Grade hinderlich und treibt zu Rechtssätzen, denen wir eine innere Berechtigung nicht zugestehen können. So ist es auch mit den Bestimmungen des Entwurfes der Fall. Für den Satz, daß der bessere Kläger gegen beide Hauptparteien und nur gegen beide Klage erheben könne, ist kein Grund vorhanden. In Wirklichkeit kann er das nicht. Und eben so wenig

können wir es billigen, daß das bessere Recht nur als ein Anspruch aufgefaßt wird, welcher an der streitigen Sache oder dem im Hauptproceß befangenen Vermögensganzen geltend gemacht werde. Allerdings werden diese Fälle der Identität des Objects die Regel bilden; allein wenn z. B. der bessere Kläger in den Confessorienstreit mit der Erklärung eintritt, daß das angeblich dienende Grundstück sein Eigen sei und nicht das des Confessorienbeklagten; — oder: wenn der Proceß zwischen einem Correalgläubiger und dem Schuldner durch die Erklärung getroffen wird, daß ein anderer Correalgläubiger durch Novation vom Schuldner zum besser berechtigten geworden; — oder endlich: wenn in der Executionsinstanz an dem ergriffenen Befriedigungsobject ein besseres Recht behauptet wird; so liegt in allen diesen Fällen unserer Ueberzeuugng nach eine Principalintervention vor.

Mit dieser Erklärung des besseren Rechts ist indessen die Sache noch nicht erledigt; man könnte sich sonst einfach auf die gewöhnlichen Grundsätze über Einsprache gegen die Execution beschränken. Es handelt sich außerdem um die Competenz des Proceßgerichts für die bessere Klage, welche durch die Principalintervention begründet werden soll. Dieses ist nach unserer Ansicht heut zu Tage die eigentliche Hauptsache. Es bedarf keiner Ausführung, daß die Vermeidung unnöthiger, die Abkürzung nöthiger Processe dadurch erreicht wird, wenn die Möglichkeit vorhanden ist, die bessere Klage im Forum des Hauptprocesses anzustellen. Demgemäß möchten wir aber auch diese Competenz eintreten lassen, ohne Rücksicht darauf, ob der bessere Kläger wirklich principaliter intervenirt oder nicht. Die Suspension der Execution bildet einen Act voll nothwendig besonderer Voraussetzungen, sie fordert also auf jeden Fall selbstständige Erledigung. Was aber ihre Herbeiführung auf dem Wege einer Sistirung des Verfahrens anbelangt, so genügen die bekannten Grundsätze über das richterliche Ermessen, die ohne besondere Eigenthümlichkeiten und ohne daß ein Antrag des besseren Klägers in Form einer Principalintervention nöthig wäre, auch hier

zur Anwendung kommen, sobald nur der Richter die Anstellung der besseren Klage erfährt.

Sehen wir von den definirenden Bestimmungen ab, so ist in Wirklichkeit der deutsche Entwurf in der Hauptfrage ebenfalls dieser Ansicht. Der § 60 giebt als die eigentliche Disposition nur die Competenz, der § 61 überläßt die Frage der Sistirung des Hauptprocesses dem richterlichen Ermessen, der § 62 regelt die Suspension der Execution. Für den § 61 lag keine gesetzgeberische Veranlassung vor, da man im Allgemeinen die Regel aufstellen muß, daß der Richter auf Parteiantrag oder von Amtswegen aus Zweckmäßigkeitsgründen das Verfahren einstweilen sistiren darf. Die Frage der Suspension der Execution ist ebenfalls unverkennbar eine nicht hier allein auftretende und es entscheiden eben so wenig hier besondere Gesichtspunkte. Der § 62 wäre deshalb der Executionsinstanz zuzuweisen und es bliebe somit der § 60, welcher (freilich für zu enge Voraussetzungen) einzig die Competenz des Prozeßgerichts aufstellt. Dieser Artikel würde dann offenbar auch der äußern Stellung nach dorthin müssen, wohin er seinem Inhalte nach von selbst fällt, unter die Bestimmungen über Zuständigkeit etwa in der Fassung: Wer einen beide streitende Theile ausschließenden Anspruch behauptet, kann denselben bei dem Proceßgerichte erheben.

Wir erfreuen uns hier, der Sache nach, der Zustimmung des sächsischen Entwurfes. Der § 317 lautet:

> „Wenn ein Dritter ein solches Recht auf den Gegenstand eines Rechtsstreites hat, welches das Recht beider Parteien auf denselben ganz oder theilweise ausschließt, so ist er befugt, dasselbe bei dem Proceßgericht mittelst Hauptintervention geltend zu machen. Dieselbe ist in jeder Lage des Rechtsstreites, auch noch im Vollstreckungsverfahren, zulässig, als Klage anzubringen, und getrennt von der Hauptsache zu verhandeln."

Könnten wir die Worte „mittelst Hauptintervention" streichen, so würden wir durchaus unsere Ansicht hier ausgesprochen sehen. Jetzt bleibt freilich zweifelhaft, was der Entwurf unter Haupt-

intervention sich denkt, ob die Anzeige des besseren Rechts, oder die Klage zur Geltendmachung desselben oder beides zusammen. Zwischen diesen einzelnen Elementen aber scharf zu sondern ist um so mehr geboten, als man doch nicht den Satz aussprechen will, daß ein besseres Recht stets in foro litis pendentis geltend gemacht werden müsse. Sobald man die Möglichkeit einsieht, daß die bessere Klage vor einem anderen Forum verhandelt werden die Principalintervention hingegen in foro litis pendentis selbständig und allein erfolgen kann, ohne daß sie dadurch eins ihrer charakteristischen Merkmale einbüßte, — sobald man das erkennt, wird man auch der von Planck bereits, wenn auch in anderem Sinne, empfohlenen Theilung der Benennung beitreten.

Diese Lösung ist unsres Erachtens zugleich der einzige Ausweg den bekanntlich viel angegriffenen Namen der Principalintervention systematisch zu rechtfertigen. Bei unsrer Auffassung ist in der That eine entscheidende Aehnlichkeit zwischen Principalintervention und accessorischer vorhanden.

§ 15.

Die §§ 66 u. fg. im deutschen, 303 u. fg. im sächsischen Entwurf behandeln die laudatio auctoris. Bislang ist es der Wissenschaft nicht gelungen, eine allseitig oder auch nur in überwiegender Majorität anerkannte Auffassung dieses Instituts zu entwickeln, was bei der summarischen Behandlung desselben in unsren Quellen leicht erklärlich ist. Wir sehen das Verhältniß folgendermaßen an.

Wer alieno nomine possidet, ist pflichtig, sich mit jeder actio in rem oder in rem scripta auf Herausgabe belangen zu lassen, denn die restituendi facultas ist für die Beklagtenrolle maßgebend. Für den Defensor ist diese Nothwendigkeit nicht blos lästig, sie ist auch insofern gefährlich, als er im ungünstigen Falle seiner Verurtheilung sich einer Klage wiederum von seiten seines Autors ausgesetzt sieht. Dieser letzteren Schattenseite kann er nun im Wege der litis denunciatio abhelfen, welche

ihm den Autor entweder zur Stütze herbeizieht, oder aber ihm die Vertheidigung gegenüber der späteren Restitutionsforderung erleichtert. Was aber die erstere, die Belästigung betrifft, so würde er unverkennbar in manchen Fällen weit lieber die Sache dem Autor restituiren als die Last einer Proceßführung übernehmen. Durch solche Restitution würde er dem Kläger jedes Recht nehmen, sich an ihn zu halten, wofern dieselbe nur vor der Litiscontestation und nicht in der Absicht erfolgt wäre, die Interessen des Gläubigers zu verletzen. Weder eine vera noch eine ficta possessio machte den possidens alsdann zum Beklagten. Von dem Falle also, wo der Detentor ein eigenes Interesse hat und deshalb freiwillig die Beklagtenrolle übernimmt, vielleicht die Unterstützung von Seiten des Autors herbeiführt durch Streitverkündung, von diesem Falle sehen wir hier ganz ab; es handelt sich einzig um die Abgabe der possessio an den Autor, durch welche dieser zum Passivlegitimirten wird.

Wenn man nun einmal anerkennen muß, daß sich solchergestalt der possidens dem drohenden Proceß entziehen kann, dann liegt es nahe, an die Stelle der factischen Restitution eine Erklärung treten zu lassen und das thut nach unserer Ansicht die bekannte l. 2, C. ubi in rem actio. Sie gestattet singulärer Weise dem Beklagten, ehe er durch die Litis Contestation ein processualisches Band zwischen sich und dem Kläger geknüpft hat, sich von dem Angriff durch die Erklärung zu befreien, daß er eine Vertretung der Sache ablehne, den Kläger an seinen Autor weise und sich jeder weiteren Vertheidignng enthalte, weil er kein anderes Recht für sich in Anspruch nehme, als welches ihm der Autor gewähre. Auf Grund dieser Erklärung soll bekanntlich das Gericht den Autor laden, damit dieser die Beklagtenrolle auf sich nehme (actoris intentiones accipiat); gegen ihn wird dann auch in gewöhnlicher Weise vorgegangen, wie gegen jeden anderen Beklagten.

Was dabei dann den possidens anlangt, so erscheint es uns unzweifelhaft, einmal, daß er zu keiner Zeit Proceßsubject geworden ist, ferner, daß er durch seine Erklärung sich völlig

aus der Sache herauszieht, auch nicht etwa später wieder zur Geltendmachung seiner besondern Detentionsrechte dem Kläger entgegentreten kann; und endlich, daß er in Folge eben derselben Erklärung das gegen den Autor gesprochene Urtheil ohne Widerrede auch gegen sich muß vollstrecken lassen. Hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Competenz, aus welcher Wetzell zum Theil den Schluß herleitet, daß der possidens Proceßsubject trotz seiner Erklärung bleibe, — hinsichtlich der Fortdauer derselben für den Proceß auch gegen den Autor giebt unseres Erachtens die Lehre vom forum rei sitae einfache Erklärung.

Mit dieser Auffassung, nach welcher also die laudatio auctoris kraft singulärer Vorschrift das Entstehen Eines Prozesses im Keim unterdrückt, um zugleich den Weg zu einem andern zu zeigen, — mit ihr ist keiner der beiden Entwürfe einverstanden.

Betrachten wir zunächst den sächsischen. Der possidens soll nach § 303 u. folg. die laudatio auctoris mit der Wirkung vornehmen dürfen, daß der Benannte gerichtlich zur Erklärung über das Vorbringen des Beklagten aufgefordert wird. Räumt der Benannte die Richtigkeit ein und erbietet er sich, den Rechtsstreit auf seinen Namen fortzusetzen, so scheidet der bisherige Beklagte aus dem Streite aus, doch wird das Erkenntniß auch gegen ihn vollstreckbar. Erklärt dagegen der Benannte sich gar nicht oder ablehnend, so geht der Rechtsstreit gegen den Beklagten fort.

Das praktische Resultat besteht hier also darin, daß durch die laudatio auctoris der Versuch gemacht wird, ob der Benannte Neigung empfindet, die Rolle des Beklagten auf sich zu nehmen. Weshalb man diese Frage mit proceßhindernder Wirkung im Hauptproceß zur Erörterung bringen läßt, dafür vermögen wir keinen Grund zu finden. Nach unserer Meinung waren die betreffenden Paragraphen des ersten Entwurfes weit correcter: es sollte die Entbindung des Beklagten von der Klage oder entsprechenden Falles seine Verurtheilung gemäß dem Klagegesuch erfolgen, wenn er nicht freiwillig sich demselben unterwarf.

Damit wäre das anerkannt, was wir vorhin als gemeines Recht hinstellten.

Der sächsische Entwurf wendet nun außerdem diese seine laudatio auctoris in zwei Fällen an, welche derselben schwerlich unterworfen werden dürfen. Das erste ist die actio ad exhibendum auf Vorzeigung der Sache; allein dieser fehlen nicht nur alle jene Gesichtspunkte, welche bei der Klage auf Herausgabe der Sache zur laudatio auctoris führten, sondern, was practisch noch entscheidender ist, es ist grade bei ihr leicht eine Eile geboten, zu welcher die Gestattung dieser Vertheidigung in schneidendem Widerspruch steht. — Der zweite Fall ist die persönliche Klage, gegenüber welcher der Entwurf wegen befolgten Auftrages ebenfalls die laudatio auctoris zuläßt. Dadurch tritt er unseres Erachtens in directen Widerspruch mit den Grundsätzen des Obligationenrechts. Entweder gilt der Vertretene wirklich als solcher, dann hat der in Angriff genommene Vertreter keine Passivlegitimation, bedarf also keiner laudatio auctoris; oder das Recht anerkennt jene angebliche Vertretung nicht, dann hat der Auftraggeber mit dem Proceß nichts zu schaffen.

So wenig wir mithin diesen Vorschlägen beitreten können, so wenig ist das bei denjenigen des deutschen Entwurfs der Fall. Freilich fallen hier die Bedenken fort, welche der sächsische Entwurf durch seine Ausdehnung auf ungehörige Fälle hervorruft, dafür stehen aber die andern Bestimmungen, welche sich an die hannoversche Proceßordnung anschließen, denen des sächsischen Entwurfs nach. Man unterscheidet folgendermaßen.

1) Räumt Kläger die Richtigkeit der laudatio auctoris ein, so ist Beklagter von der Klage zu entbinden.

2) Bestreitet Kläger die Behauptung, so hat der Beklagte den Autor zur Erklärung aufzufordern.

a) Räumt der Autor nun die Richtigkeit ein, so kann trotzdem Kläger den Proceß gegen den Beklagten fortsetzen; der Autor mag sich als Intervenient anschließen.

b) Leugnet der Autor die Richtigkeit oder schweigt er, so hat der Beklagte die Wahl, entweder den Besitz dem

Kläger zu überlassen oder den Rechtsstreit allein fortzusetzen.

Das Entscheidende ist, daß es vom Kläger abhängt, wen er zu seinem Beklagten haben will. Selbst wenn der Autor Besitzer zu sein erklärt, hängt es doch von dem Kläger ab, ob er nicht es vorziehen will, den bisherigen Proceß gegen den possidens durchzuführen. Nur dann wird ihm diese Möglichkeit benommen, wenn er die beklagtische laudatio sei es vor oder nach der Erklärung des Autor ausdrücklich als richtig anerkennt oder wenn der Autor erklärt, Nichtbesitzer zu sein. Andererseits hat der Beklagte auch nach erfolgter laudatio das Recht den Streit wieder aufzunehmen, wenn er das für gut erachtet.

Wir können die Berechtigung dieser Bestimmungen nicht einsehen. Uns scheint nichts natürlicher, als daß man einer proceßhindernden Vertheidigung (als welche beide Entwürfe die laudatio anerkennen) auch die Wirkung zugesteht, daß sie, erwiesen und durch nichts entkräftet, den Proceß hindert. Das Gegentheil macht an dem Begriff proceßhindernd irre. Wie es dabei noch auf die Anerkennung von Seiten des Klägers ankommen soll, vermögen wir nicht abzusehen. — Das gleiche Argument entscheidet die Stellung des Beklagten; soll derselbe sich proceßhindernd darauf berufen können, daß er alieno nomine detinirt, so ist das doch nur in der Weise möglich, daß man im Falle der Bewahrheitung es zwischen ihm und dem Kläger auch nicht zu einem Processe kommen läßt. Nachdem der Beklagte einmal erklärt hat, aus diesem Grunde nicht Beklagter sein zu wollen, liegt kein Anlaß vor, ihm nachträglich das Gegentheil zu gestatten.

Beide Entwürfe verschieben durch ihre Vorschläge den Zweck, zu dessen Erfüllung das ganze Institut ins Leben gerufen ist. Es soll eine Sicherung des possidens liefern gegen einen ihm gleichgültigen Proceß, dessen Last die gesetzliche Regel auf ihn wälzen würde. Statt dessen schlagen die Bestimmungen der Entwürfe in das gerade Gegentheil um und liefern eine Begünstigung des Klägers, zu welcher offenbar um

der Natur der hier in Frage stehenden Klagen willen auch nicht der mindeste Anlaß vorhanden ist. Das Leben wird vorkommenden Falles schon zeigen, zu welcher unerträglichen Bedrückung der alieno nomine possidentes man kommt, wenn man dem Kläger gestattet, trotz des Auftretens des Autors sie in den Streit zu verwickeln.

§. 16.

In den §§ 69 u. fg. regulirt der deutsche Entwurf die Kosten. Man hat sich auf leitende Sätze beschränkt, welche in 10 Paragraphen aufgestellt sind und genügen werden. Im § 71 hätten wir die Haftung der mehreren in derselben Parteirolle stehenden Personen nach Kopftheilen lieber als wirklichen Nothbehelf bezeichnet gesehen, zu welchem der Richter erst dann greifen dürfte, wenn ihm die quotenweise Vertheilung keinen Ausweg böte. Daß jedenfalls das richterliche Ermessen an die Betheiligung am Streite und nicht, wie es in § 71 heißt „am Streitgegenstande" sich anlehnen muß, wird die Commission wohl ohne Bedenken zugeben; es wird sich um ein bloßes nicht richtig gegriffenes Wort handeln.

Dagegen stoßt uns der § 74 auf. Hier heißt es:

> „Gesetzliche Vertreter, Anwälte und andere Proceßbevollmächtigte sowie Gerichtsvollzieher können auf Antrag oder von Amtswegen persönlich zur Tragung derjenigen Kosten verurtheilt werden, welche sie durch pflichtwidriges Verhalten oder durch grobes Verschulden veranlaßt haben."

Die Motive sagen nur „ohne Debatte einstimmig angenommen." Wir würden erwarten, daß die Ablehnung einstimmig erfolgt sei, denn es giebt gar keinen stichhaltigen Grund, von den allgemeinen Grundsätzen über Mandat und Prästation von omnis culpa bei demselben hier abzuweichen. Je mehr wir in diesen Fragen die Gränzen zwischen den einzelnen Rechtszweigen verwischen und die einmal als richtig anerkannten Rechtssätze überall zur Geltung bringen, desto größere Klarheit

erlangen wir. Im vorliegenden Falle ist die Frage grobkörnig genug, daß jedes Rechtsgefühl sich an ihr stoßen wird. Weshalb sollen die Bevollmächtigten im Proceß und sogar die, welche ein Geschäft daraus machen, ein Privilegium haben, nachlässig zu sein, wenn sie es nur nicht bis zur groben Verschuldung treiben? — Man könnte meinen', daß die culpa levis unter „pflichtwidrigem Verhalten" verborgen liege, allein dem wird kaum so sein; es ist dieser Ausdruck freilich vieldeutig genug, um für ein Disciplinargesetz brauchbar zu sein; hier wird man aber wohl nur an das instructionswidrige Verhalten der Gerichtsvögte und Anwälte gedacht haben.

Die gleiche Bestimmung findet sich im sächsischen Entwurf. Wir werden den § 266 wohl nicht mißverstehen, wenn wir in ihm, gleichwie im deutschen Entwurf, unter der Form: „sie können verurtheilt werden" die Bestimmung sehen, daß eine Verurtheilung in andern Fällen nicht gestattet sein soll. Für Sachsen wird die Frage doppelt wichtig durch die Möglichkeit, die einschlagenden Sätze des bürgerlichen Gesetzbuches, welches ja bei der Bearbeitung unsers Entwurfs schon zur Berücksichtigung vorlag, unmittelbar neben diejenigen des Entwurfs zu stellen.

Zunächst ist es hier im sächsischen Entwurfe noch mehr wie beim deutschen zweifelhaft, was unter „pflichtwidrigem Benehmen" zu verstehen sei, denn der sächsische Entwurf handelt nur von gesetzlichen Vertretern und Bevollmächtigten der Parteien, jene vorhin gemachte Interpretation auf die Dienstinstruction ist hier also nicht möglich. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt unsres Wissens die „Pflichtwidrigkeit" gar nicht und die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über pflichtwidriges Benehmen von Staatsdienern und öffentlichen Beamten auf die Vertreter der Proceßparteien anzuwenden, das will uns nicht einleuchten, selbst wenn man, was ja keineswegs nothwendig ist, unter dem Bevollmächtigten sich einen Advocaten dächte. Wir hätten gewünscht, daß der Entwurf hier seiner Neigung zu definiren Statt gegeben oder noch besser das Wort überall nicht angewandt hätte.

Was sodann die Haftung der Bevollmächtigten anbelangt, so wird man uns wohl darin zustimmen, daß die Vollmacht durch ihre Beziehung zu einem Proceß nicht aufhört nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Mandats beurtheilt werden zu müssen. Hinsichtlich des Mandats nun verweist der § 1302 des bürgerlichen Gesetzbuches auf § 728 u. 729. Diese lauten:

„Die Betheiligten bei einer Forderung haften in ihren gegenseitigen Beziehungen zu einander für absichtliche Verschuldung und für grobe und geringe Fahrlässigkeit. Hat jedoch einer von ihnen nach der Natur des Verhältnisses keinen Vortheil von demselben, so haftet er blos für absichtliche Verschuldung und für grobe Fahrlässigkeit."

§ 729.

„Derjenige, welcher keinen Vortheil hat, haftet für geringe Fahrlässigkeit, wenn er sich zu einem Geschäfte aufgedrängt oder unaufgefordert angeboten hat, ingleichen wenn er fremde Geschäfte besorgt."

Hier ist ganz unzweifelhaft die Haftung für culpa levis ausgesprochen und der Entwurf steht damit in offenem Widerspruch, abgesehen davon, daß er auch hier wieder in „grobe Verschuldung" einen dem bürgerlichen Gesetzbuch fremden Kunstausdruck bringt.

Noch von einer andern Seite zeigt sich die Incongruenz des Entwurfes mit dem bürgerlichen Gesetzbuch. Nehmen wir an, daß der Bevollmächtigte ein Advocat sei, was je Regel ist. Für seine Thätigkeit, insofern sie im Proceß selbst zum Vorschein kommt, läßt der Entwurf ihn frei von der Haftung für culpa levis. Wie steht es mit seiner Thätigkeit außerhalb des Verfahrens, etwa bei Consultationen u. s. w.? Die Advocatenordnung verpflichtet im § 10 unter vielem andern den Advocaten auch dazu, „Rath nur nach sorgsamer Erörterung und umsichtiger Erwägung der Verhältnisse seiner Ueberzeugung gemäß zu ertheilen;" und das bürgerliche Gesetzbuch sagt im § 1301:

„Rathschläge und Empfehlungen begründen keinen Auftrag; doch wird der Rathgeber oder Empfehlende zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er entweder absichtlich oder in einem Falle, in welchem er durch Amtspflicht, Beruf oder Vertrag zur Ertheilung von Rath oder Empfehlung verpflichtet ist, aus Fahrlässigkeit schädlichen Rath oder schädliche Empfehlung ertheilt hat."

Der Advocat also, wenn er Rathschlag oder Empfehlung giebt, haftet für culpa levis; hier haben wir keinen Satz des Entwurfes zu berücksichtigen, nur das Civilgesetzbuch kommt in Frage. Führt er aber Processe, dann kommt er nur für „grobe Verschuldung" auf.

Wie kommt es, daß der processuale Gesetzgeber und der des bürgerlichen Gesetzbuches so verschiedener Meinung sind?

In der That, so seltsam es klingt, man scheint bei der Abfassung dieser Sätze des Entwurfes gar nicht an das bürgerliche Gesetzbuch gedacht zu haben. In der Neigung, möglichst vollständig zu sein, hat man ganz den Gedanken verloren, daß bürgerliches Recht und bürgerliche Proceßordnung Dinge sind, die in einer gewissen Berührung mit einander stehen und deshalb zu einer gewissen Rücksicht auf einander gezwungen sind. Wir wollen die Wahrheit dieses Vorwurfs sofort an einem andern Falle darthun, der auch den ärgsten Zweifler auf unsere Seite ziehen muß.

Das siebente Kapitel handelt in 4 Paragraphen von Sicherheitsleistungen. Es ist klar, daß hierüber allgemeine Regeln aufzustellen gar nicht die Aufgabe einer Civilproceßordnung ist; jedes bürgerliche Recht muß das ohnehin thun und Eine Sicherheitsleistung sieht der anderen völlig gleich; ob sie processuale Nachtheile abwenden soll oder welche sonst, das beeinflußt ihr Wesen und ihre Bestellungsweise offenbar nicht. — Wollte man trotzdem hier allgemeine Regeln aufstellen, so war es schlechterdings unerläßlich, daß man das bürgerliche Gesetzbuch hernahm und dessen Sätze wiederholte. Statt dessen hat man folgende Resultate gefunden.

§ 248.

„Sicherheitsleistungen geschehen nach Wahl des dazu Verpflichteten durch baares Geld, inländische Staatspapiere, tüchtige Bürgen, und, wenn das Gericht es angemessen erachtet, durch Bestellung einer Hypothek oder Hinterlegung eines sich zur Aufbewahrung bei demselben eignenden Faustpfandes."

Wir sehen ganz ab von den nach unserer Ansicht nicht praktischen Beschränkungen, welche der Paragraph aufstellt. Wir stellen nur gegenüber den § 136 des bürgerlichen Gesetzbuchs.

„Sicherheitsleistung muß, wo eine Verpflichtung dazu besteht, bis zu einem dem Werthe des zu sichernden Gegenstandes entsprechenden Betrage geschehen. Sie kann nach der Wahl des Verpflichteten durch Hinterlegung einer Geldsumme, Uebergabe eines Faustpfandes oder Bestellung einer Hypothek erfolgen. In Ermangelung dieser Sicherungsmittel sind tüchtige Bürgen zu stellen."

Hier sind die Bürgen ausdrücklich als Nothhülfe bezeichnet. Wie kann der Entwurf sie der freien Wahl des Cautionspflichtigen überlassen?

Ferner. Der Entwurf fährt fort:

„Staatspapiere sind nach dem Courswerthe anzunehmen."

Aber das bürgerliche Gesetzbuch schreibt im § 137 vor:

„Eine Sache, welche zur pfandweisen Sicherstellung dienen soll, braucht nicht höher, als zu zwei Drittheilen des Schätzungswerthes zum Pfande angenommen zu werden."

Endlich heißt es im Entwurfe:

„Für tüchtige Bürgen gelten Personen, welche im Königreich Sachsen ihren Wohnsitz und ein zu Berichtigung der von ihnen zu verbürgenden Schuld ausreichendes Vermögen haben."

Ein hier Grund besitzender Preuße oder Oesterreicher soll

also nicht angenommen werden, obgleich der Entwurf § 275 von Kostencaution befreit jeden, „der in einem inländischen Grund- und Hypothekenbuche als Eigenthümer eines Grundstückes oder als Inhaber einer Berechtigung, welche ein eigenes Folium hat, oder als hypothekarischer Gläubiger eingetragen ist.“ Man hat also an die naheliegenden Ausländer gedacht, aber Bürgen sollen nicht sie, sollen nur solche sein dürfen, die ihren Wohnsitz in Sachsen haben. Was sagt das bürgerliche Gesetzbuch? Der § 138 lautet:

> „Ein Bürge ist tüchtig, wenn er ein der Größe der sicher zu stellenden Schuld angemessenes Vermögen besitzt und innerhalb der deutschen Bundesstaaten belangt werden kann.“

Wahrlich, man sollte nicht glauben, daß man die Gesetzgebung eines und desselben Staates vor sich hat. —

§ 17.

Einige Bemerkungen zu den Sätzen des sächsischen Entwurfs über die Kosten müssen wir noch nachholen. Während der deutsche Entwurf wie gesagt sich auf die Feststellung der leitenden Grundsätze beschränkt, hat man im sächsischen die Reichhaltigkeit des Details angestrebt. Wir legen dem Leser einige Punkte vor, um ihm ein Urtheil darüber zu schaffen, ob man hier mit mehr Glück verfahren ist.

§ 252 sagt:

> „Zu den Proceßkosten gehören die Gebühren und Verläge der Gerichte und der Advocaten.“

Warum hat man nicht den Satz entweder ganz weggelassen oder aufgezählt, was auch sonst noch zu den Proceßkosten gehört?

Der § 261 setzt fest, daß bei Abänderung des Erkenntnisses gemäß der Appellation der Appellat, bei Bestätigung hingegen der Appellant in die Erstattung der Kosten des Rechtsmittels zu verurtheilen ist. — Allein es liegt auf der Hand, daß man eine solche generelle Bestimmung für die Rechtsmittelinstanz gar nicht aufstellen kann, sobald man ein Verfahren vor

sich hat, dessen Charakter zur ausgedehntesten Zulassung von neuem Material in der Rechtsmittelinstanz zwingt. Man hat daher diesen Satz so gut wie aufgehoben durch § 700. Abgesehen von dem Auseinanderreißen der beiden Sätze, was leicht zum Uebersehen des einen führen kann; abgesehen ferner davon, daß die Selbstständigkeit der Rechtsmittelinstanz das, was jetzt als Ausnahme dasteht, hätte zur Regel machen sollen, — abgesehen von diesen Gründen hätte man unseres Erachtens weit besser gethan, gar nichts über die Kostenfrage in der Rechtsmittelinstanz zu sagen.

§ 262 lautet:

„Streitgenossen haften für die Proceßkosten nach demselben Verhältnisse, in welchem sie an dem Streitgegenstande betheiligt sind."

Nehmen wir vier Streitgenossen an, jeder sei mit einem Viertel am Streitgegenstand betheiligt. Drei werden verurtheilt, einer freigesprochen. Die drei haften nach Maßgabe ihrer Betheiligung am Streitgegenstande für die Kosten. Der obsiegende Gegner bekommt also von ihnen $^3/_4$ seiner Kosten. Wer schafft ihm das vierte?

§ 263 sagt:

„Die Partei, welche ihrer Klage entsagt oder sich dem Klaggesuche unterwirft, hat der Gegenpartei die Proceßkosten zu erstatten."

Man könnte sagen: da schon im § 256 die Regel hingestellt ist, daß die unterliegende Partei die Kosten erstatten muß, so hat der § 263 doch sicher einen besondern Zweck; wir müssen ihn genau interpretiren: es handelt sich hier nicht um das Unterliegen im Streit, das ist im § 256 abgethan, sondern hier wird schlechtweg festgesetzt, wer dem Klaganspruch sich unterwirft, der zahlt dem Gegner die Proceßkosten. Ausnahmen werden nicht gemacht. Ob der Beklagte vielleicht einen Gegenanspruch einredeweise erhebt und sich dadurch von den Wirkungen des Unterwerfens unter das Klaggesuch befreit, das darf angesichts der generellen Fassung des Paragraphen nicht in Betracht kommen.

Aber wir wollen nicht Mißverständnisse suchen; wir halten dafür, daß im § 263 nur der Grundsatz des 256 auf einen speciellen Fall angewandt wird, um die Gerichte vor einer irrigen Anwendung so weit möglich zu bewahren.

Auch diese Anwendung jedoch ist ohne Haltbarkeit. Soll wirklich der Beklagte die Kosten dem Kläger erstatten, wenn er sofort nach behändigter Klage, ohne es zum Proceß kommen zu lassen, den Kläger klaglos stellt? — Man konnte nur unter der Voraussetzung jenen Satz aussprechen, daß man Interpellation als Erforderniß der Klagerhebung aufgestellt hatte, wovon wir aber nichts haben finden können.

§ 265 schreibt vor:

> „Der Advocat kann, soweit der Gegner seiner Partei in Erstattung der Proceßkosten verurtheilt worden ist, seine Gebühren und Verläge von diesem oder von seiner Partei einfordern, auch beliebig von der getroffenen Wahl wieder abgehen."

Wir wollen bereitwillig hinzuthun, daß unter „seinen" Gebühren und Verlägen die gerichtlich zur Erstattung gestellten zu verstehen sind. Die Hauptsache bleibt, daß wir es mit einer Bestimmung zu thun haben, welche für die Advocaten ganz angenehm sein mag, die wir aber dem wirklich bestehenden Rechtsverhältniß ohne Zwang nicht einreihen können. Eine Verbindung zwischen dem Advocaten und dem erstattungspflichtigen Gegentheile ist juristisch nicht vorhanden. Aber wenn man sie positiv schaffen will, wozu schwerlich ein Bedürfniß vorliegt, so wäre das Gewiesene eine gesetzliche Cession. Statt dessen scheint der Entwurf eine Correalobligation zu beabsichtigen.

Endlich der § 259 setzt fest, daß die zur Kostenerstattung verurtheilte Partei auch den Schaden ersetzen müsse, welchen der Gegner durch sein nothwendiges persönliches Erscheinen vor Gericht erlitten hat.

> „Als nothwendig gilt das persönliche Erscheinen, wenn es durch gesetzliche Vorschrift oder durch richterliche Anordnung besonders geboten war."

Hier scheint der Gesetzgeber mit einer Reminiscenz an schriftliches Verfahren beschäftigt gewesen zu sein. Offenbar paßt die Bestimmung durchaus nicht in ein Verfahren hinein, welches von dem Gedanken ausgeht, so viel irgend möglich den Parteien die Führung des Processes in Person zu überweisen.

§ 18.

Wir beendigen die Lehre von den Parteien, indem wir ihre Vertretung berücksichtigen.

Der deutsche Entwurf stellt zunächst im § 99 den Satz auf, daß um Proceßbevollmächtigter sein zu können, man gerichtliche Handlungsfähigkeit besitzen müsse. Wir halten das nicht für richtig. Es würde rechtlich nichts im Wege stehen, daß ein Minderjähriger ohne die auctoritas tutoris für einen Dritten als Proceßbevollmächtigter fungire. Man scheint sich in der Commission auch dasselbe gedacht zu haben, denn in den Protokollen wird hervorgehoben, daß gegen ein *nutzloses* Auftreten Minderjähriger die Befugniß des Gerichts: untüchtige Personen vom Vortrage zurückzuweisen, genügenden Schutz biete. Hier wird man ein Auftreten *mit dem Vormund* kaum im Auge gehabt haben, sondern von dem Gedanken ausgegangen sein, daß dem Auftreten des Minderjährigen als Bevollmächtigten nichts im Wege stehe, sofern er nicht aus Gründen der Proceßleitung als untüchtig zurückzuweisen sei. Das scheint uns dem rechtlichen Verhältniß eben so sehr zu entsprechen, als der gewählte Ausdruck damit im Widerspruch steht. Auf die eigne Handlungsfähigkeit des Bevollmächtigten kommt es durchaus nicht an, da derselbe hier gar nicht in eignem Namen handelt. Dem deutschen Entwurf scheint hier dasselbe Mißverständniß untergelaufen zu sein, welches wir oben beim sächsischen constatirten; er hat die gerichtliche Handlungsfähigkeit verwechselt mit der Fähigkeit vor Gericht Vorträge zu halten.

Zu dieser letztern Rolle ist in der That nichts erforderlich, als daß man sich verständlich des ertheilten Auftrages entledigen kann. Wie alt, wie gebildet Jemand ist, das kommt

hiefür sowenig wie bei Erfüllung fremder Aufträge sonst in Frage, wodurch natürlich nicht ausgeschlossen ist, daß diese persönlichen Eigenschaften für das Rechtsverhältniß zwischen dem Bevollmächtigten und dem Auftraggeber von durchschlagender Bedeutung sind.

So wenig nun aber im gewöhnlichen Leben man sich mit einem Vermittler einlassen wird, der seiner Aufgabe nicht gewachsen ist, so wenig wird das Gericht und der Gegner es thun können, zumal hier die majestas imperii noch zu besonderen Rücksichten drängt. Das Gericht wird daher von Amtswegen Jeden als Vertreter zurückweisen, der durch sein Auftreten seine Unfähigkeit an den Tag legt; aber es kann positive Erfordernisse nur an der Hand positiver Gesetze ohne innern Grund aufstellen. Dagegen streitet nicht, daß einzelnen Personen das Recht, vor Gericht persönlich zu erscheinen und Andere zur Rede und Gegenrede zu zwingen, wegen irgend welchen Vergehens, gesetzlich entzogen werden kann. Dagegen streitet ebensowenig, daß man die Frauen regelmäßig zur Besorgung solcher Aufträge nicht zuläßt. In beiden Fällen entscheiden nicht Gesichtspunkte rechtlicher, sondern polizeilicher Natur. Was besonders die Frauen anlangt, so heben die Protokolle ausdrücklich hervor, wie es den Gerichten weit erwünschter sein müsse, mit verständigen Frauen als mit einfältigen Männern zu verhandeln. Man hat daher auch im Entwurf die Ausnahme, welche das Leben ohnehin schon ziemlich durchgeführt hatte, anerkannt, indem man die der Partei nahestehenden Frauen, (Verwandte grader Linie, der Seitenlinie bis zum zweiten Grade, desgl. Verschwägerte, Ehegatten und Streitgenossen) als Bevollmächtigte zuläßt. Namentlich auf dem Lande ist ohne diesen Rechtssatz nicht durchzukommen, wie er sich denn auch trotz des „mulier taceat in ecclesia" Bahn gebrochen hat.

Wir wollen hieran einen andern Punkt anknüpfen. Der § 115 gestattet den aufgeführten Kategorien das Auftreten als Vertreter „kraft vermutheten Auftrages" unter der Verpflichtung, binnen einer zu setzenden Frist ordnungsmäßige Vollmacht nach-

zubringen. Der Satz bedarf materiell gewiß keiner Besprechung, aber wir wünschten, daß man die Gelegenheit nicht unbenutzt vorübergehen ließe, einen durchaus incorrecten Ausdruck auszumerzen.

„Kraft vermutheten Auftrags“ ist bekanntlich die Uebersetzung des alten mandatum praesumtum, aber gleich diesem bezeichnet es durchaus nicht das vorliegende Verhältniß und es ist eine contradictio in adjecto, von vermuthetem Auftrage da zu sprechen, wo man Jemanden zur Vertretung zuläßt, der selbst erklärt, keinen Auftrag zu haben. Das rechtliche Verhältniß ist vielmehr das, daß man die Genehmigung vermuthet, demgemäß einen Ausschluß dieser Personen auch nur da aussprechen wird, wo feststeht, daß die Genehmigung nicht ertheilt werde. Wenn man den Grund der Zulassung nun überhaupt namhaft machen will, was wegen der praktischen Seite des Ausschlusses einen gewissen Werth hat, dann ist es sehr gerathen, die Einführung deutscher Terminologie hier zu dem wirklichen Fortschritt zu benutzen, daß man von „vermutheter Genehmigung“ spricht.

Der sächsische Entwurf hat im § 330 ebenfalls den vermutheten Auftrag, welcher statthaben soll bei „Verwandten und Verschwägerten einer Partei in grader Linie“ (sic), Ehegatten und Streitgenossen. Indeß es ist dabei ein Versehen der Redaction vorgefallen. Man hat nämlich nicht erwogen, daß der § 330 ohne nähere Erklärung dem § 326 folgt, welcher lautet:

> „Die Befugniß, in Rechtsstreiten als Bevollmächtigter einer Partei vor Gericht zu handeln und für sie die zur Einreichung bei demselben bestimmten Schriften zu verfassen, steht nur Advocaten zu.“

Da nun § 330 nur von der ausnahmsweisen Zulassung ohne beigebrachte Vollmacht handelt, so sagt der Entwurf dem Wortlaut nach unzweifelhaft, daß Ehegatten u. s. w. nur dann zur Vertretung kraft vermutheter Genehmigung zugelassen

werden können, wenn sie Advocaten sind, was zu sagen offenbar nicht entfernt beabsichtigt ist.

Soweit die Qualität des Vertreters. Hinsichtlich der Nothwendigkeit, sich vertreten zu lassen, gehen beide Entwürfe auseinander. Auch der deutsche hat nicht eigentlichen Anwaltszwang, so daß, wie es in Hannover Rechtens ist, in allen Justizcollegialsachen die Vertretung durch Anwalt obligatorisch wäre; sondern man ist von dem Gesichtspunkt ausgegangen, die Selbstthätigkeit jeder Partei so lange zu gestatten, bis sich ihre Untüchtigkeit herausstellt. Dem entsprechend hat man bestimmt, daß die Partei auch vor dem Collegium ihre Sache selbst führen darf. Um jedoch für vorkommende Fälle nicht etwa in Proceßverschleppung zu gerathen, setzt der § 101 zugleich fest, daß neben der vor einem Collegium selbsthandelnden Partei ein Anwalt zur eventuellen Vertretung zugegen sein muß, insofern nicht einzelne Klassen von Personen davon landesgesetzlich ausgenommen werden. Wir hätten geglaubt, daß diesen Bestimmungen, denen wir übrigens völlig beipflichten, eine Form sich hätte geben lassen, welche sofort als Regel das kennzeichne, was Regel wirklich ist. Es ist unverkennbar, daß man von einer Nothwendigkeit: in Collegialsachen sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen, nunmehr nicht, wie es der § 101 thut, in erster Reihe sprechen kann. Die Verhandlung im Termin ist doch entscheidend gegenüber der Abfassung und Uebergabe etwaiger Schriften; wenn man also für letztere allein den Anwaltszwang aufstellen wollte, so würde es verständlicher sein, diese Bestimmung nachzustellen dem Satze, daß die Partei überall ihre Sache selbst vortragen darf, bei einem Collegium jedoch nicht ohne Beisein eines Anwalts.

Der sächsische Entwurf, § 323 u. fg., überläßt die Vertretung und Zuziehung ganz der Entschließung der Partei. Nur ein procurator ad insinuandum soll im Fall der Abwesenheit bestellt werden und außerdem hat das Gericht das Recht, „Parteien, welche von ihnen selbst verfaßte, unverständliche Schriften eingereicht haben, zu bescheiden, daß sie sich wegen

Fertigung nöthig werdender Schriften an einen Advocaten zu wenden, außerdem aber zu gewärtigen haben, daß von ihnen selbst verfaßte Eingaben nicht angenommen werden."

Die nächste Frage ist, wie soll es denn mit der Untüchtigkeit gehalten werden, die sich bei mündlicher Verhandlung herausstellt? Da hier, wo man doch dem gewöhnlichen Gedankengange nach eine Bestimmung über diesen Punkt erwarten muß, keine getroffen ist, so wird man auf die nicht eben leichte Aufgabe verwiesen, die zahlreichen, Uebersicht und praktische Anwendung ohne Grund erschwerenden Kategorien zu mustern, da man doch nicht schlechtweg annehmen kann, daß der Entwurf den Gerichten zumuthe, mit jeder Partei fertig zu werden, so gut es nun eben gehe.

Das elfte Kapitel, welches von den Vorträgen der Parteien im Rechtsstreite handelt, hat eine verheißende Rubrik. Gleich der erste Paragraph, 360, scheint denn auch wie zur Ergänzung des § 325 geschrieben zu sein.

> „Den Parteien steht in der Regel frei, dasjenige, was sie bei dem Gerichte anzubringen haben, mündlich oder schriftlich vorzutragen. Das Gericht darf in Fällen, wo mit dem Verzuge nicht Gefahr verbunden ist, zur Einreichung einer schriftlichen Eingabe verweisen."

Es ist klar, wenn das Gericht die mündlichen Vorträge nicht verstehen kann, verweist es die Parteien zur Einreichung schriftlicher Eingabe, wenn nicht Gefahr im Verzuge ist. Wir sehen gar kein Mittel, welches die sächsischen Richter abhielte, alle Bestimmungen über Mündlichkeit durch diesen § 360 zu illudiren und das neue Verfahren auf Fälle der Dringlichkeit zu beschränken.

Wir müssen den ersten Entwurf gegen den Verdacht schützen, als rühre diese Bestimmung von ihm her. Der § 533 schlug nur vor, Denjenigen zur schriftlichen Eingabe zu verweisen, der über sein mündliches Vorbringen ein Protokoll aufgenommen haben wolle. Damit war wenigstens die Möglichkeit ausgeschlossen, den Paragraphen auf diejenigen Proceßacte zu be-

ziehen, welche kraft gesetzlicher Vorschrift eine Protokollation erleiden. Der Nutzen jener Vorschrift freilich bleibt auch in in dieser Beschränkung uns sehr zweifelhaft. Der Druck solcher Bestimmung fällt vorzugsweise auf Leute, denen es nicht möglich ist, selbst zu schreiben; diese aber ohne dringende Noth den Advocaten oder Winkelschreibern zuzuschieben, das halten wir für unpolitisch, um so mehr, als für sie regelmäßig der Geldwerth höher und der Zeitverlust entscheidender ist.

Diese Genesis des § 360 macht es aber offenbar wahrscheinlich, daß man nur Kürze angestrebt und keineswegs die Absicht gehabt hat, durch ihn den § 325 zu ergänzen. Wir wollen jedoch dem Leser unsere Suche erlassen und ihm gleich das Resultat mittheilen. Die ergänzende Bestimmung findet sich nämlich unter der Rubrik „Vom richterlichen Amte.“ Nach langem vergeblichen Umhersuchen und nachdem wir uns schon zur Resignation durchgearbeitet hatten, fiel uns, für die Uebersichtlichkeit des Entwurfes ein sprechendes Zeugniß, durch Zufall der § 121 auf.

Hier heißt es:

> „Der Richter ist berechtigt, eine Partei, welche zu einem verständlichen Vortrage nicht fähig ist, von der mündlichen Verhandlung zurückzuweisen. Die Tagfahrt wird dann auf Kosten der unfähigen Partei vertagt, unter der Aufforderung, in der neuen Tagfahrt durch einen zur Verhandlung befähigten Bevollmächtigten oder mit einem solchen zu erscheinen. Zugleich ist ihr zu eröffnen, daß, wenn sie dieser Aufforderung nicht nachkomme, auf Versäumung werde erkannt werden.“

Wir haben hier also denjenigen Fall erzwungner Vertretung, zu welchem die mündliche Verhandlung mit Nothwendigkeit führt. Nur fragt es sich noch, sind die Einzelheiten derselben zu billigen. — Wir halten ein so weites Gestatten der Parteithätigkeit für bedenklich in denjenigen Fällen, in welchen die Beschaffenheit des Gerichts der Art ist, daß sie eine eingreifende Unterstützung der Partei nicht gut möglich macht, d. h. also in Justiz-

collegialsachen. Hier würden wir als Minimum den Satz des deutschen Entwurfs festhalten, daß, abgesehen von juristisch Geprüften, jede Partei nur in Begleitung eines Rechtsanwalts erscheinen darf, wenn sie es nicht vorzieht, sich von vornherein durch solchen vertreten zu lassen.

Wir haben indeß früher schon hervorgehoben, daß die verwickelte Fassung des Entwurfes zum Anwaltszwang in allen Sachen factisch führen wird. Ein praktisches Interesse an dieser Fassung hätten wir daher nur für den Fall, daß man mit einer solchen Vereinfachung des Verfahrens vorginge, welche es auch dem Nichtjuristen möglich machen würde, von dem gesetzlich ihm zustehenden Rechte praktischen Gebrauch zu machen. Auf alle Fälle aber, wenn man also die einschlagenden Sätze auch nicht ändern wollte, würden wir anempfehlen, der Partei nicht aufzugeben durch oder mit einem „zur Verhandlung befähigten Bevollmächtigten" zu erscheinen. Wer die in gewissem Sinn ehr zu billigende Neigung der sächsischen Gerichte kennt, in ihrem Stile sich möglichst der Worte des Gesetzes zu bedienen, der wird sich die Rathlosigkeit einer ungebildeten Partei vergegenwärtigen, die über die Befähigung eines Bevollmächtigten zur Verhandlung urtheilen soll und sich gutgläubig vielleicht der Contumazirung aussetzt, wenn sie im nächsten Termine mit einem ihrer nächsten Angehörigen erscheint, in der Hoffnung, daß der es dem Gericht sicherlich zu Dank machen werde. Man nenne doch lieber den Advocaten gleich bei seinem Namen.

Im Uebrigen wird es kaum der Hervorhebung bedürfen, daß beide Entwürfe darin übereinstimmen, die Vertretung nunmehr auch zur wirklichen zu machen und den hin und wieder gelehrten Unterschied zwischen Handlungen des Bevollmächtigten und der Partei selbst völlig auszuschließen.

Was endlich den „Beistand" anbetrifft, den ebenfalls beide Entwürfe anerkennen, so ist derselbe mit dem Rechtsbeistand des gemeinen Rechts nicht zu verwechseln. Vielmehr handelt es sich hier blos um eine Assistenz, die keineswegs nothwendig durch Rechtsausführungen gewährt wird, also auch von anderen Per-

sonen vorgenommen werden kann. Wir könnten diesen Beistand vergleichen mit den Vertrauenspersonen, welche dem Angeschuldigten im Strafverfahren zur Seite stehen dürfen. Der entscheidende Unterschied gegenüber dem Bevollmächtigten bleibt der, daß der Beistand nur neben der Partei, nicht ohne dieselbe handeln kann.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

§ 19.

Im dritten Titel stellt der deutsche Entwurf allgemeine Bestimmungen über das Verfahren auf. Es liegt durchaus außer unserm Plan, die Gründe, welche bis zur Ermüdung für Oeffentlichkeit und Unmittelbarkeit geltend gemacht sind, hier aufs Neue vorzulegen oder gar zu prüfen. Ebensowenig beabsichtigen wir, den zahlreichen Einzelbestimmungen nachzugehen. Es wird gelegentlich der Besprechung des Verfahrens selbst sich genügender Anlaß darbieten, auf einzelne Rücksicht zu nehmen, für unsre Darstellung würde die für das Gesetz rathsame Spaltung schwerlich brauchbar sein. Wir wenden uns daher sofort zu dem Verfahren erster Instanz und zwar, dem Gesichtspunkt der Regel folgend, zu dem Verfahren vor Collegialgerichten. Der bessern Uebersicht halber trennen wir die Stoffsammlung von der Stoffbeurtheilung und beleuchten zuerst die Sammlung. Sie zerfällt in die mündliche Verhandlung und in die Vorbereitung derselben.

Zunächst ist es nun unumgänglich, die Frage zu entscheiden, welche Mitwirkung wir dem Gericht bei dieser Stoffsammlung zutheilen wollen. Was die mündliche Verhandlung anbelangt, so werden Alle darin einig sein, daß für sie eine richterliche Thätigkeit unabweisbar ist stärker, als sie im schriftlichen Verfahren stattfindet. Nicht nur werden wir dem Richter ausgedehnte Befugnisse proceßpolizeilicher Natur geben müssen, wenn wir den Unordnungen vorbeugen oder abhelfen wollen, welche durch die mündliche Verhandlung, sei es Seitens der Betheiligten, sei es von dem Publikum leicht herbeigeführt werden könnten, — wir müssen in noch höherem Grade die richterliche Thätigkeit für die Stoffsammlung selbst in Anspruch nehmen, um dem non liquet möglichst geringen Raum übrig zu lassen. Daher giebt denn auch der deutsche Entwurf, während er die polizeiliche Seite zum Theil der Landesgesetzgebung überläßt, in der Hauptsache dem Richter ein ausgedehntes Fragrecht und gestattet ihm die Auflage persönlichen Erscheinens an die Parteien,

um jenem Fragrecht einen reellen Erfolg zu verleihen. In gleicher Weise muß die richterliche Proceßleitung, weit selbständiger als im schriftlichen Verfahren, hervortreten hinsichtlich der Gruppirung des Materials; eine scharfe Durchführung der Eventualmaxime ist bei mündlicher Verhandlung offenbar ebenso unbrauchbar, als wenn man hier die Schranke künstlich aufrecht erhalten wollte, welche im bisherigen Verfahren nicht selten die Selbständigkeit des Actenbündels zwischen nahezusammenhängenden Streitfragen schuf. — Auch hier werden wir dem gemeinen Proceß schon die Sätze vindiciren dürfen, welche der Entwurf §§ 150 u. fg., aufstellt.

Anders jedoch, wie bei der mündlichen Verhandlung, liegt die Sache bei der Vorbereitung derselben. Hier kann die Thätigkeit des Gerichts im wesentlichen nur in Aeußerlichkeiten bestehen und es ist eine Verschwendung, die bloße Mittheilung einzelner Auslassungen der einen Partei an die andere durch den Richter bewerkstelligen zu lassen. Wir glauben, man wird im Ganzen darüber einig sein, daß die Einrichtung weitaus den Vorzug verdient, welche das Gericht dieser rein mechanischen Thätigkeit enthebt und den Parteien selbst es überläßt, die Verbindung herzustellen, unter Zuziehung des Gerichtsvogtes oder, wenn man diesen nicht so selbständig hinstellen will, unter Mitwirkung der Gerichtskanzlei, sobald es der Partei wünschenswerth erscheint, über die erfolgte Behändigung officielle Beglaubigung zu erhalten. Dem entsprechen auch die Vorschläge des deutschen Entwurfes.

In Einem Punkte jedoch ist die Mitwirkung des Gerichts unerläßlich, nämlich zur Ansetzung des Termins. Die Frage ist: soll diese Ansetzung gleich der Klage sich anschließen und der Beklagte somit gleich bei der Klagbehändigung diesen Tag erfahren, oder sollen wir ihm nur die Einreichung seiner Vernehmlassung befristen und beiden Theilen, oder etwa nur dem Kläger, gestatten, alsdann auf Ansetzung des Termins anzutragen? Letzteren Falles würde es sich weiter noch fragen, ob gesetzliche oder richterliche Frist vorzuziehen sei.

Die Commission hatte zuerst den Vorschlag gutgeheißen, daß, wie im hannoverschen Rechte festgesetzt ist, der Gerichtsvorsitzende sofort auf die eingereichte Klagschrift einen Verhandlungstermin anberaumen und dann diese mit dem Vermerk dem Beklagten zur Vernehmlassung mitgetheilt werden solle. Nach einer später vorgenommenen, außerordentlich umfassenden Berathung dieser Frage ist man aber zu anderm Ergebniß gelangt. Der § 229 fordert die Vernehmlassung auf die Klage binnen 2 Wochen von ihrer Behändigung an gerechnet; der § 230 gestattet Abkürzung dieser Frist durch den Gerichtsvorsitzenden ohne Gehör des Beklagten auf klägerischen Antrag in Dringlichkeitsfällen. Auf jeden Fall erfolgt aber die Ansetzung des Verhandlungstermins erst nach beendetem Schriftwechsel. § 233.

Wir unsrerseits würden die hannoversche Bestimmung vorziehen. Von beiden Seiten ist die Behauptung größerer Schnelligkeit des Verfahrens aufgestellt und hinsichtlich der Fragen gerichtlicher Geschäftsordnung haben die Verfechter des ursprünglichen Vorschlages jeden erheblichen Nachtheil in Abrede gestellt. Die Erfahrungen Hannovers liegen aber uns näher, die Einrichtung mit ihrem Nutzen ist uns verständlicher, als die des französischen Verfahrens; wir glauben, daß es zum Wohle der streitenden Theile ausschlägt, die Anwälte hier, wo ihnen die Sache überlassen werden muß, unter einer gerichtlichen Aufsicht zu haben, wie eine solche in dem sofort angesetzten Verhandlungstermin unverkennbar liegt. Daß in Wirklichkeit nicht große Unzuträglichkeiten durch häufig nothwendige Vertagung herbeigeführt werden, können wir dem competenten Vertreter des hannoverschen Processes in der Commission um so eher glauben, als es ersichtlich dem Geschäftsruf eines Anwalts nicht förderlich sein würde, wenn er Vertagungen blos zum Behuf der Proceßverschleppung herbeiführte.

Dazu kommt dann noch ein Umstand, mit dem man es in der Commission, wie es scheint, sehr leicht nimmt. Wo man die Wahl zwischen zwei Wegen hat, deren einem man den entscheidenden Vorzug nicht ohne weiteres beilegen kann, da sollte

billig den Ausschlag geben, welcher Weg unserer Gesetzgebung die größere Selbständigkeit verleiht. Wir theilen durchaus die Ansicht des kurhessischen Commissars, wie dieselbe S. 1425 der Protocolle ausgesprochen ist; man solle sich deshalb solcher Bestimmung, wie der bayrische Entwurf sie vorschlage, enthalten, weil sie französisches Recht sei. Nehme man jenes fremde Recht auf, so verfalle man dem Einfluß der französischen Jurisprudenz und Geschichte und er begrüße deshalb mit Freuden jede Abweichung vom französischen Verfahren, welche das Zurückgehen auf französische Rechtswissenschaft schwierig oder unmöglich mache, zumal da, wo auch sachliche Gründe ihr das Wort redeten. — Für Jeden, der nicht eine blinde Vorliebe für dasjenige Recht und Verfahren hat, mit dem er persönlich zufällig verwachsen ist, werden diese Gründe, welche neuerlich auch von Planck so klar hervorgehoben sind, entscheidenden Einfluß haben und wir halten es für ein beschämendes Zeugniß für unsre Nation, daß man von einigen leider nicht einflußlosen Seiten schlechtweg dem Gesichtspunkt nationaler Rechtsentwicklung das Ohr verschließt. Wir dächten, Jedem Deutschen sollte der Zorn aufsteigen, wenn er französische Juristen über deutsche Rechtsfragen respondiren sieht.

Wir würden es also vorziehen, der hannoverschen Proceßordnung zu folgen und sofort die Ansetzung eines Termins eintreten zu lassen. Daß diese Thätigkeit des Gerichts aber einzig geschäftlicher Natur bleiben soll, darüber ist von keiner Seite Zweifel. Die Auffassung, deren Zweckmäßigkeit auch vom Juristentage anerkannt ist, steht wohl durch, daß der Richter nicht mehr die Befugniß haben soll, die Klage ohne Parteiverhandlung zurückzuweisen; daß die richterliche Entscheidung erst dann erfolgen soll, wenn die Parteien das Material vorgelegt haben. Für ein mündliches Verfahren, welchem die schriftliche Klage nur einen vorbereitenden Zweck hat und die eigentliche Aufstellung des Anspruches erst in termino erfolgt, — für solches Verfahren ist es durch die Consequenz auch geradeswegs unmöglich gemacht, auf Grund jener Vorbereitungsschrift dem Gericht die Bildung einer Meinung zu gestatten.

Im sächsischen Entwurf ist jedoch eine abweichende Ansicht aufgestellt, deren Durchführung ein ganz besonders Interesse in Anspruch nimmt. Der § 565 sagt nämlich:

> „Findet das Gericht, bei welchem eine Klage angebracht worden ist, daß es zuständig, auch dieselbe thatsächlich und rechtlich begründet ist, so fertigt es auf sie aus und verfügt das Geeignete auf die mit ihr verbundenen Nebengesuche. Erachtet es sich nicht für zuständig, oder die Klage nicht für begründet, so hat es den Kläger hierüber zu bescheiden, auch im ersteren Falle die Ausfertigung zu versagen, im anderen Falle aber auszufertigen, wenn der Kläger es der ihm eröffneten Bedenken ungeachtet verlangt."

Die Rechtfertigung, welche die Motive diesem Vorschlage zu geben suchen, ist folgende. Schon die erläuterte Proceßordnung habe den Gerichten die sofortige Verwerfung unhaltbarer Klagen zur Pflicht gemacht. Dem sei jedoch selten nachgegangen und deshalb Abweisungen angebrachtermaßen oft vorgekommen. So weit können wir folgen; nun aber argumentiren die Motive weiter:

> „Daß der vorliegende Paragraph besser in Obacht genommen werden wird, läßt sich um deswillen erwarten, weil ein Gericht, welches künftig eine Klage mittelst Erkenntnisses abweist, ohne vorher auf deren Mängel aufmerksam gemacht zu haben, stets die Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens in ein bedenkliches Licht stellen würde."

Also, weil die Gerichte die bestimmte Vorschrift der erläuterten Proceßordnung außer Acht gelassen (und dadurch doch auch schon die Pflichtmäßigkeit ihres Verhaltens in ein bedenkliches Licht gestellt) haben, deshalb werden sie den vorliegenden Paragraphen besser in Obacht nehmen. Das ist doch wohl kaum anzunehmen; vielmehr erscheint es wahrscheinlicher, daß die Gerichte **wieder** so handeln, wie sie schon einmal gehandelt haben und solche Vorschrift außer Augen lassen. So wenig wir es billigen können, daß die Bestimmung der E. P. O. nicht praktisch geworden, was bei den zahlreichen Eidesklagen für

Sachsen ein besonderer Gewinn gewesen wäre, so wenig würden wir es den Gerichten verargen, wenn sie dieser jetzigen Norm den äußersten Widerstand entgegen setzten. Wir können uns die Vorschrift in wirklicher Anwendung kaum denken, wenn wir von den Fällen absehen, wo ganz unkundige Parteien dem Gerichte selbstverfaßte Klagen einreichen. In solchen Fällen, namentlich auf dem flachen Lande, mag jeder humane Richter hinlängliche Gelegenheit haben, der Partei einen unnöthigen Proceß zu ersparen, aber er wird das thun auch ohne gesetzliche Anleitung. Dem Gericht aber diese Stellung eines wohlwollenden Rechtsconsulenten in allen Fällen unterschiedslos zur Pflicht zu machen, das wird meist zur bloßen Spielerei führen, da die Partei selten geneigt sein wird, dem Rathe des Gerichts Folge zu leisten und die Klagschrift anders zu formuliren. Man wird ihr schwerlich verübeln können, wenn sie, auf die Intentionen des Gesetzgebers selbst eingehend, auf die mündliche Verhandlung sich vertröstet und dem Gericht entgegnet, daß es auf eine dem Richter verständliche Darstellung in dieser Schrift überall gar nicht abgesehen sei. Dazu kommt, daß dem Gericht selbst eine mißliche Stellung geschaffen wird; es soll derartige Mängel rügen, aber es hat nicht das Recht, die rechtliche Wirkung dieser Mängel auch auszusprechen in wirklicher Zurückweisung, wie die erläuterte Proceßordnung das anbefiehlt. Die Rüge ist also einzig ein gutgemeinter Rath. Wenn das Gericht nun aber nicht rügt und nachträglich doch in der Nothwendigkeit ist, angebrachtermaßen abzuweisen? Wie soll es diesen Widerspruch mit der eignen stillschweigend ausgesprochenen Ansicht rechtfertigen?

Nach unsrer Ansicht ist der Vorschlag mit der Würde weder des Gerichts, noch der Advocaten zu vereinen; und will eine Partei ihre Sache in Person führen, so nehme sie das Risico auf sich, welches schlechte Proceßführung ihr bringt. Der Vorschlag wird einzig dahin führen, den Proceß zu verschleppen, ohne daß er irgend welchen Nutzen dafür böte, und alle die Gründe, welche gegen eine sofortige Zurückweisung des Klägers

sprechen, kommen hier in erhöhtem Maße zur Geltung, weil der Versuch des Gerichts, den Kläger in Güte zur Einsicht zu bringen, an rationellem Werthe bedeutend hinter der Abweisung zurücksteht.

Uebrigens schlägt auch der sächsische Entwurf vor, § 570, die Tagfahrt nicht sofort, sondern erst nach beendigtem Vorverfahren anzusetzen.

§ 20.

Die Stoffsammlung bleibt also in der Hand der Parteien und ihr eigentlicher Kernpunkt ist die mündliche Verhandlung. Zur Vorbereitung derselben sollen die Parteien Schriftsätze wechseln, durch deren Einsicht auch das Gericht in den Stand gesetzt wird, der Verhandlung selbst mit leichterem Verständniß zu folgen. Beide Entwürfe gehen davon aus, daß bei Justizcollegialsachen diese Vorbereitung durch Schriftsätze nothwendig sei; der deutsche aber stellt für dieselbe Anwaltszwang auf, während der sächsische sie der Selbstthätigkeit der Parteien anheimgiebt. Wir haben früher schon unsre Ansicht dahin ausgesprochen, daß unsres Erachtens die Zuziehung der Advocaten hier wünschenswerth ist.

Dieser Schriftwechsel soll nun nach dem deutschen Entwurf dergestalt stattfinden, daß der klägerische Anwalt entweder selbst oder durch Vermittlung des Gerichtsboten die Klage dem Beklagten zustellt mit der Aufforderung, § 224, er möge ungesäumt einen beim Proceßgericht zugelassenen Anwalt bestellen und durch diesen binnen der entweder gesetzlichen 14tägigen, oder im Eilfall vom Richter kürzer gesteckten Frist sich auf die Klage vernehmen lassen. Wenn nun Beklagter Einreden oder eine Widerklage vorbringt, so bleibt zur Beantwortung dieser dem Kläger eine Frist von einer Woche; dieselbe Zeit steht dem Beklagten wiederum frei zur Replik auf Einreden, welche etwa seiner Widerklage entgegen gesetzt sind. Wir können hier also auf 4 Wochen kommen; innerhalb dieser Zeit muß die Vorbereitungsinstanz durchlaufen sein, wenn wir von Verlängerung derselben durch

Parteivereinbarung absehen. Nach geschlossenem Schriftwechsel oder versäumter Behändigungsfrist kann nach § 233 jede Partei die Anberaumung der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung beantragen.

Man ist zur Rechtfertigung dieser ausgedehnten schriftlichen Vorbereitung von dem Gesichtspunkte des „reus in exceptione actor" ausgegangen; die angegriffene Partei soll über den Angriff vor der Verhandlung selbst zum schriftlichen Gehör kommen. Man hat daher nicht schlechtweg, sondern nur für den Fall, daß Einreden vorgeschützt worden sind, die Fortsetzung des schriftlichen Vorverfahrens bis zu dem Stadium eintreten lassen, daß der Angegriffene zum letzten Wort kommt.

Der sächsische Entwurf geht weiter. Er läßt dem Gericht die ganze Verbindung zwischen den Parteien und die den Verhältnissen sich anpassende Ansetzung der Fristen. Wir glauben, daß dieser Gesichtspunkt im Ganzen schon nicht Demjenigen entspricht, was man durchstehend für richtig und gut hält; noch weniger aber halten wir die Details selbst für zweckmäßig. Es soll nämlich ohne alle Rücksicht auf das Vorbringen des Beklagten dem Kläger eine Frist ad replicandum gegeben werden. Das Gericht hat nun nach § 568 einen Spielraum von 8 Tagen bis vier Wochen für die anzuberaumenden Fristen; unter jenes Minimum darf es nur im Eilfalle herunter gehen. Wenn also der Beklagte sich einfach darauf beschränkt, allen Behauptungen der Klaganträge zu widersprechen ohne jede eigne Vertheidigung, so läuft dem Kläger doch eine Frist ad replicandum. Wozu? müssen wir fragen. Die Motive geben uns keine Antwort.

Die Nutzlosigkeit dieser gesetzlich für alle Fälle etablirten Fristen zeigt sich in noch stärkerem Lichte, wenn wir den Fall annehmen, daß der Beklagte völlig schweigt. Auch dann fällt nicht etwa die Frist für den Kläger fort, so daß er auf Verhandlung dringen könnte, sondern es muß der Ablauf der für die Schriftsätze bestimmten Frist (§ 570) stattgefunden haben, ehe es zu einer Verhandlung kommen kann. Zu einer Contumazirung kann es denn auch erst im Verhandlungstermin kommen. Da-

durch entsteht ein merkwürdiger Gegensatz zu demjenigen Verfahren, welches mit ausgedehnter schriftlicher Verhandlung eine Schlußtagfahrt verbindet; in diesem ist nach § 582 eine Contumazirung schon nach Versäumung der Vernehmlassungsfrist möglich. Augenscheinlich wird dadurch die Brauchbarkeit dieses Verfahrens zur schnellen Erledigung wesentlich erhöht, obgleich es angeblich schwerfälliger sein soll.

Die Verhandlung selbst führt nun aber nicht etwa der Antrag der einen oder andern Partei herbei, sondern das Gericht hat von Amtswegen jetzt Termin anzusetzen ohne eines Antrags zu bedürfen. § 570 sagt:

> „Nach Beendigung des schriftlichen Vorverfahrens, wie nach erfolglosem Ablaufe der zur Einreichung der Schriftsätze bestimmten Frist werden die Parteien zur Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung geladen."

Wir durchsuchen umsonst die Motive, um eine Begründung dieses offenen Verstoßes gegen die Verhandlungsmaxime zu erhalten; sie schweigen. Die Bestimmung ist um so bedenklicher, als einmal nirgends aufgestellt wird, wann, innerhalb welcher Zeit der Richter diesen Verhandlungstermin ansetzen muß, und als auf der andern Seite sehr leicht möglich ist, daß die Sache im Vorverfahren zur Erledigung oder wenigstens zeitweisen Ruhe kommt, in welche dann diese gerichtliche Ansetzung eines Termins ohne allen Grund hinein platzte. Wer soll dann die Kosten dieses officiellen Vorgehens tragen?

Auf alle Fälle scheinen diese Vorschläge des sächsischen Entwurfs an handgreiflichen Mängeln zu leiden und hinter denen des deutschen durchaus zurückzustehen. Hier finden wir doch wenigstens nicht jene Starrheit der Fristen, welche im sächsischen Recht so vollständig unvermittelt gestellt werden soll neben die richterliche Pflicht: diese Fristen den Umständen anzupassen. Aber auch die Vorschläge des deutschen Entwurfs würden wir denen der hannoverschen Proceßordnung nachstellen. Diese kennt bekanntlich nur Anträge und Gegenanträge, welche Kläger und

Beklagter miteinander vor dem gleich anfangs auf 3 oder 4 Wochen hinaus angesetzten Verhandlungstermin wechseln. Wir geben dieser Einrichtung deshalb entschieden den Vorzug, weil sie allein dem Ueberhandnehmen der Schriftlichkeit vorbeugt und der mündlichen Verhandlung den ihr zuzuweisenden Charakter als Schwerpunkt des ganzen Verfahrens nicht schmälert. Man wendet gegnerischerseits ein, und namentlich ist es auch hier wieder der bayerische Commissar, der zur Vertheidigung der an das französische Verfahren sich anlehnenden Institutionen alle Kraft aufbietet, — man wendet ein, daß die Gründlichkeit des Verfahrens leide durch die in Hannover aufgestellte Regel, welche nur Eine schriftliche Erklärung von jeder Partei zuläßt; man tritt den Vertheidigern des hannoverschen Gesetzes mit der Erklärung entgegen, daß jene mangelnde Gründlichkeit sich in dem Procentsatz der reformirten Entscheidungen herausstellen werde, ja daß vielleicht trotz überwiegender Confirmationen doch die Gründlichkeit fehle, wenn man auch diesen Mangel nicht bloslegen könne. Es handelt sich um Einführung von Lieblingsideen und jede vorurtheilslose Prüfung des Abweichenden hört auf. Es liegt für uns außer allem Zweifel, daß, als Regel betrachtet, jene hannoversche Einrichtung, welche der Vorzug schnellerer Procedur mit dem geringerer Schriftlichkeit i. e. advocatorischer Thätigkeit vereint, — daß sie als Regel vollständig jedem Bedürfniß genügt, und wir legen einer Gründlichkeit wenig Werth bei, welche allen Betheiligten nicht Bedürfniß ist. Wäre dem nicht so, fühlte man in Hannover jene vorgeworfene Ungründlichkeit, so würde doch unverkennbar der Procentsatz derjenigen Fälle größer sein, in denen die Parteien das ja auch dort mögliche Ausnahmeverfahren mit ausgedehnterer schriftlicher Vorbereitung wählten. Bekanntlich stellen sich aber diese Ausnahmsfälle etwa auf $^1/_2$% und es ist eben nur aus jener vorurtheilsvollen Liebhaberei erklärlich, wenn man der Furcht vor Ungründlichkeit Raum gönnt angesichts der Erscheinung, daß das Rechtsleben zwischen den beiden gesetzlich offenstehenden Wegen mit solcher Entschiedenheit die Wahl getroffen hat. Man müßte denn der

Ansicht sein, daß die Hanoveraner besondere Vorliebe für Ungründlichkeit des Civilverfahrens hätten.

§ 21.

Es fragt sich nun, soll diese Vorbereitung sich auch auf die Beweisfrage miterstrecken oder sollen die Parteien sich nur über die thatsächlichen Behauptungen unterrichten, welche sie vom Gegner etwa zu erwarten haben? Wir können die Frage am besten so erörtern, daß wir sie mit der Beurtheilung der Gruppenbildung im Ganzen verschmelzen. Zwei Seiten treten offenbar bei dieser hervor; die eine: wo sollen wir einschneiden? die andere: wie sollen wir einschneiden? Es ist nicht unsere Absicht, aufs neue hier mit einer umfassenden Darlegung der Gründe für und wider hervor zutreten, das ist wahrlich zur Genüge bereits geschehen. Aber eine kurze Skizzirung ist nothwendig, weil wir sonst eine Beurtheilung der Vorschläge überall nicht vornehmen könnten.

Treten wir nun unbefangen auf den Proceß zu, so ist die erste auftauchende Frage die, wollen die Parteien überhaupt streiten und, wenn sie nicht wollen, sind sie dann dem Zwang ausgesetzt? Klägerischerseits liegt der Ausdruck seiner Streitabsicht unverkennbar in der Klagerhebung, wie aber steht es mit dem Beklagten? Wir werden ihn zwingen, er habe denn Gründe. Solche Gründe muß jede Gesetzgebung anerkennen und man ist auch heutigen Tages darüber wohl einverstanden, daß es praktisch ist, diese Gründe einer isolirten Behandlung dergestalt zu unterwerfen, daß der Beklagte durch Vorschützung proceßhindernden Materials sich von der Pflicht der Einlassung in der Hauptsache vollständig befreien kann, daß er diese auch nicht eventuell zu erfüllen braucht, sondern daß erst die Verwerfung jener Befreiung erfolgen muß, ehe man zur Verhandlung der Hauptsache übergehen kann. Diese Erledigung ist unverkennbar nothwendig, wenn man dem Material eine wirklich proceßhindernde Qualität beilegen will, denn entgegengesetzten Falles wird die Besorgniß vor der Contumazirung den Beklagten stets zu einer Vorbringung

auch des hauptsächlichen Materials zwingen, wie das die Praxis des sächsischen Processes zeigt.

Wir haben hier also einen bestimmten Abschnitt, über den kein Streit herrscht. Es fragt sich, wie schließen wir diesen Abschnitt? Auch darüber ist man einig, das Gericht erläßt ein Erkenntniß auf Einlassung, es legt an das Parteivorbringen den Maßstab Rechtens an und spricht das Resultat aus mit alle Betheiligte bindender Wirkung.

Wenn nun aber festgestellt ist, daß Beklagter sich einzulassen schuldig, so fragt sich weiter, sollen wir den ganzen Proceß nunmehr ungetheilt lassen? sollen wir Behauptungen und Beweise durch- und nebeneinander vorbringen lassen ohne andre Gränzen, als welche die eigene Erkenntniß der Parteien, unterstützt vielleicht durch richterliche Proceßleitung, anordnet; oder sollen wir trennen in Abschnitte: Behauptungen hier, Beweis dort? Wir werden wohl ohne Widerspruch die Nothwendigkeit einer Gränze behaupten dürfen; alles durcheinander zu schütteln, Behauptung, Beweisantretung, Beweisaufnahme, das dürfte schwerlich Jemand für praktisch halten. Weit delicater aber, als vorhin, wird hier die Frage, wo ist jene Gränze zu ziehen und von welcher Beschaffenheit soll sie sein.

Der gemeine Proceß hat bekanntlich so getheilt, daß alle den Anspruch substantiirenden Thatsachen in der ersten Instanz beizubringen sind, während die Angabe der zu verwendenden Beweise sammt deren Benutzung durch das Gericht den zweiten Abschnitt bildet. Diese Theilung entspricht auf den ersten Anschein dem vorhandenen sachlichen Unterschiede ebensosehr wie der Eventualmaxime, es scheint Behauptung und Beweis scharf und klar gesondert zu sein. Allein das ist nur Schein. In Wahrheit liegt die Sache anders durch die Möglichkeit künstlicher Beweisführung, welche an Stelle der früheren Behauptung eine andere schiebt und dadurch jene Abgränzung verwischt. Daraus entstehen unverkennbare Unzuträglichkeiten. Es wird der Gegner plötzlich gezwungen, auf eine bisher ihm verhüllte Reihe von Thatsachen einzugehen, es wird zugleich das Even-

tualitätsprincip in gewissem Sinne verletzt, nicht blos hinsichtlich der Concentrirung der Behauptungen, sondern auch in Betreff der Beweisführung, indem uns jene künstliche Beweisführung zu Durchbrechung des „reprobatio reprobationis non datur" zwingt und das Thema des künstlichen Beweises zu einer völligen Selbständigkeit sich erhebt. — Wie sollen wir dem vorbeugen?

Die künstliche Beweisführung deshalb auszuschließen, wird nicht leicht Jemandem in den Sinn kommen. Es gäbe außerdem aber nur den einzigen Ausweg: die Entwicklung desselben in der Beweisinstanz dadurch zu hindern, daß man sie in das Stadium der Behauptungen zurückdrängte. Dies ist die Absicht Plancks, welcher zu diesem Zwecke vorschlägt, die Parteien zu einer specialisirten Angabe ihrer Beweissätze und Beweismittel in der sog. ersten Instanz anzuhalten, damit das Gericht im Stande sei, in der Formulirung des Beweissatzes den speciellen Weg, welchen die Partei freiwillig gewählt, ebenfalls einzuschlagen und nunmehr für die Beweisinstanz daran festzuhalten, daß jedem Theil nur einmal die Entwicklung seiner Thätigkeit zur Beweisung oder Entkräftung des aufgestellten Themas zu gestatten sei. Zu diesem Vorzug scharfer Durchführung des Eventualprinzips käme hinzu die Beseitigung der Gefahr, welche nicht selten ein Beweissatz bringt, der anstatt der unmittelbar entscheidenden Thatsachen mittelbar relevante aufstellt und die Partei in der Richtung der Beweisführung dadurch erheblich beschränkt.

Plancks Vorschlag ist also auf die Erwägung gestützt, daß jene specialisirte Erzählung am besten durch die Nothwendigkeit herbeigeführt werde, die einzelnen Beweismittel speciell neben die Behauptungen zu stellen, welche nach der Meinung der Partei Gegenstand des Beweises sind. Die Verbindung von Beweisantretung und Behauptung soll uns schützen dagegen, daß nicht in der Beweisinstanz Behauptungen hervortreten. Seltsamer Weise ist Planck von einem Commissionsmitgliede so mißverstanden worden, (Protokolle 1820) als ob seine Er-

wägungen nur auf schriftliches Verfahren berechnet seien, während Planck gerade vom Gegentheile ausgeht.

Was nun den Werth dieser Theilung anlangt, so ist vor Allem so viel ersichtlich, daß Planck die Verletzung des Eventualprincips nicht aufhebt, sondern nur verrückt. War bislang Material aus dem Stadium der Behauptung hinüber gedrungen in das Stadium der Beweisung, so verlegt umgekehrt Planck Material aus der Beweisinstanz hinüber in die erste Instanz. Es fragt sich also, welches von beiden Uebeln ist das kleinste.

Die Bloslegung eines mittelbar relevanten Beweissatzes erfolgt in der That regelmäßig nicht erst in der Beweisinstanz, sondern in der Geschichtserzählung, also im Stadium der Behauptungen. Das ist schon bei schriftlichen Verfahren wohl die Regel, denn gerade daraus erklärt sich ja der häufige Mißgriff der Gerichte, mittelbar relevante Thatsachen zu Beweis zu verstellen. Es wird aber das in noch höherem Grade eintreten bei mündlichem Verfahren, wo ein Verschweigen der concreten Thatumstände angesichts der Oeffentlichkeit des Verfahrens und des richterlichen Fragrechts nicht durchführbar sein würde. Das wird auch nicht nur für den Gegenstand des Hauptbeweises eintreten, sondern ebenso wohl für den Gegenbeweissatz, bei welchem die Frage ja eigentlich erst zur brennenden wird.

Weiter zu gehen und der Partei auch die Vorlegung des Bindegliedes zwischen ihren Behauptungen und den von ihr beizubringenden Beweisgründen aufzubürden, von ihr zu fordern, daß sie nicht nur ihren mittelbaren Beweis satz sondern auch ihre mittelbaren Beweis gründe in der ersten Instanz angebe, das würde unsres Erachtens eine eben so unbillige, wie undurchführbare Bestimmung liefern; denn durchstehend wird die Partei eine derartige Kenntniß von den Beweis gründen gar nicht haben, auch gar nicht beurtheilen können, auf welches Bindeglied es dem Richter ankommen wird. Wollte man die Partei zwingen, auch dieses Stück des Weges dem Richter mit exclusiv

bestimmender Wirkung vorzulegen, so würde das zur Carricatur führen.

Auf jeden Fall also behalten wir ein Residuum, dessen Entwicklung wesentlich in Gestalt der richterlichen Beweisprüfung erfolgt und zum Theil jene Gefährdung des Gegners fortbestehen läßt. Wir sind ganz außer Stande, für dasselbe ebenfalls im ersten Verfahren bestimmte Gleise zu ziehen. Um so weniger aber scheint uns Veranlassung zu sein, um jener Totalität der Sachdarstellung willen, behufs der Durchführung der Eventualmaxime für die erste Instanz, von ihrer Durchführung in der Beweisinstanz Abstand zu nehmen und dadurch an Stelle einer Inconsequenz deren zwei zu setzen.

Wir betonen das um so stärker, weil noch ein andrer Umstand gegen jene Verbindung spricht, der nämlich, daß die Partei in der Auffassung der in Betracht kommenden Sätze zu dieser Zeit noch jedweden richterlichen Halts entbehrt. Sie wird daher durch das beabsichtigte Gebot zu einem Hineintasten in die Frage der Beweislast und des Beweissatzes getrieben, welchem wir die Gefahr unnöthiger Häufung und Zeitvergeudung in Aussicht stellen müssen.

Der von Planck in den Vordergrund geschobene Zweck, die Totalität der Behauptungen in erster Instanz durchzusetzen, wird demnach schwerlich durch jene Hinüberziehung der Beweisantretung erreicht. Man stützt dieselbe aber auch auf einen andern Grund, auf den nämlich, die Partei zu ernster Erwägung darüber zu treiben, ob ihr auch überall Beweismittel zu Gebote stehen, und entgegengesetzten Falles sie von der leichtfertigen Aufstellung der Behauptungen, also vielleicht überhaupt vom Proceß, zurückzuhalten. Wer nun aber wirklich frivol processiren will, den hindert augenscheinlich auch diese Bestimmung nicht, da sie von der Aufstellung erdichteter Beweise nicht abhalten kann. Wer aber vorurtheilsfrei und unbefangen in den Rechtsstreit gedrängt wird, wird sich alle Möglichkeiten des Angriffs und der Vertheidigung nicht blos hinsichtlich der Behauptung, sondern auch hinsichtlich der Durchführbarkeit vorher vergegenwärtigen; für ihn ist also

jener Satz in gleicher Weise nutzlos. Den Irrthum über die Beweistüchtigkeit auszuschließen ist offenbar keiner gesetzlichen Norm möglich. Es blieben also nur jene Leute übrig, denen ihr natürlicher Leichtsinn oder ihre mangelhafte Bildung Behauptungen in den Mund treibt, für welche sie im günstigen Fall nur ihre subjective Ueberzeugung in die Wagschale werfen können. Ist es denn aber die Aufgabe einer Civilproceßordnung, solchen Schwachsinn vor dem Straucheln zu bewahren? Wir denken, nein. Will man jedoch in ängstlicher Fürsorge und übertriebener Bevormundung sich dessen annehmen, nun gut, so verpflichte man die Advocaten, eine jede Sache nur unter Erörterung der angeblich vorhandenen Beweismittel anzunehmen. Uns persönlich freilich würde auch das widerstreben; uns erscheint die rusticitas genügend gedeckt durch die copia jurisconsultorum und eine Civilproceßordnung geht weit über ihre innere Berechtigung hinaus, wenn sie aus jenem wohlwollenden Streben dem prächtigen „jus civile vigilantibus scriptum“ Abbruch thut.

Wir sind demnach der Ansicht, daß man die Gränze läßt, wo sie ist, und daß man jene vortheilhafte Ausdehnung der thatsächlichen Behauptungen einzig einer kräftigen Ausübung des richterlichen Fragrechts zuweist, welches seiner Aufgabe vollständig gewachsen sein wird.

§ 22.

Nunmehr fragt sich, welche Qualität sollen wir dieser Gränze beilegen, soll sie abänderlich oder unabänderlich sein?

Man hat in den ausführlichen Debatten der Commission häufig auf die geschichtliche Seite Rücksicht genommen und einzelne Mitglieder scheinen durch ihre geschichtliche Ansicht wesentlich beeinflußt zu sein hinsichtlich der Vorschläge, welche sie für die Zukunft machen. Das ist gewiß von unverkennbarem Werthe, allein in hypothesi stellt sich heraus, daß die geschichtliche Auffassung häufig ganz erheblich von dem abweicht, was man heut zu Tage als das einstweilige Resultat wissenschaftlicher

Forschung annimmt, und wir müssen deshalb der bedenklichen Verwendung solcher Irrthümer durch eine kurze Darlegung der historischen Seite entgegentreten.

Es ist schwerlich statthaft, für die vorliegende Frage sich auf die Analogie des römischen Rechts zu berufen, wie das dadurch geschehen ist, daß man gegen die Aufstellung eines Beweisurtheils anführt, das römische Verfahren sei trotz seiner Mündlichkeit ohne ein solches ausgekommen. Bei allen Fragen der Gesetzgebung ist es unläugbar mißlich, auf fremde Nationalitäten sich zu berufen, denn jede Erfahrung, die sie gemacht haben, ist von ihrer besonderen Eigenart bedingt, von ihren Fähigkeiten und Eigenschaften verursacht, an ihren Bedürfnissen gemessen. So wenig unserm Körper leicht ein fremdes Gewand paßt, so wenig ist unsrer nationalen Entwicklung ein fremdländisches Institut zuträglich und wenn auch die nachtheilig hindernde oder in eine falsche Richtung treibende Wirkung sich oft erst nach Jahrhunderten klar übersehen läßt, so ist sie trotzdem in eben jenem unscheinbaren Anfange gegeben und je schwieriger es ist, jenes Wechselverhältniß zwischen nationaler Rechtsbildung und fremdem Rechtssatz im Voraus zu bestimmen, um so behutsamer müssen wir bei Hinübernahme selbst sein. Die geringste Kenntniß der Geschichte reicht aus, um die Ueberzeugung uns zu geben, daß wir zu unserm eignen Schaden auf allen Gebieten bislang es versäumt haben, unserer Nationalität und ihrer Ausprägung den nöthigen Werth beizulegen.

Wir müßten eine Nation von so eminenter Begabung für Rechtsanwendung sein, wie es die Römer waren, um mit Erfolg uns auf die Einrichtungen zu berufen, die bei jenen sich als praktisch erwiesen haben. Außerdem hindert die Stärke der staatlichen Centralisation jede wirklich erfolgreiche Parallelisirung. Wir wählen nicht, wie die Römer in ihrer klassischen Zeit, einen Mitbürger, um dessen, mit staatlicher Autorisation gewaffneter Entscheidung uns vertragsmäßig zu unterwerfen; wir können daher auch mit einem Verfahren nichts anfangen, welches in vorzüglicher Weise auf das Entgegenkommen und den guten

Willen aller Theile Rücksicht nimmt und überall die Voraussetzung durchblicken läßt, daß das eigne Interesse der Parteien sie dahin treiben werde, die Lösung der Proceßobligation möglichst schnell herbeizuführen, auch ohne einen großen Apparat processualer Regeln. Das römische Verfahren steht, von dieser Seite her betrachtet, gleich etwa unserm schiedsrichterlichen Verfahren; auf dieses jene römischen Grundsätze anzuwenden würden auch wir für unbedenklich finden.

Außerdem ist es nun aber völlig unrichtig, zu glauben, daß die römische Verhandlung sich wirklich in solchem wüsten Durcheinander fortbewegt habe. Eine Gränze zieht dasselbe so gut wie der gemeinrechtlich deutsche Proceß, nur eine Gränze auf Grund andrer Scheidungsmomente, welche auf die eine Seite verweisen den Anspruch, auf die andere dessen Ausführung. In dieser Spaltung, welche bekanntlich durch die formula verkörpert wird, liegt wenn auch nicht das Gleiche, so doch unverkennbar etwas unserm Beweisurtheil sehr Aehnliches, denn die rechtliche Seite des Streitpunkts ist hier vor Beginn des Verfahrens in judicio in eine bestimmte, unantastbare Form gegossen, deren factisches Substrat nachzuliefern nunmehr die weitere Aufgabe ist. Die formula ist demnach ein erweitertes Beweisurtheil. Allein sie kommt in andern Fällen, bei den s. g. in factum actiones, wo sie durch die specielle Aufstellung des in concreto behaupteten Thatbestandes verengt ist, dem Beweisurtheil bis zur Verwechselung nahe. — Jedenfalls, man mag ins Auge fassen, welche Fälle man will, es bleibt unrichtig zu sagen, daß die Römer ihr Verfahren ohne jede Scheidung zu Ende geführt hätten; selbst in dem verkümmerten Verfahren des justinianeischen Rechts sind jene Theile nicht völlig verloren gegangen.

Wir haben nun aber in unserm deutschen Verfahren überdies eine viel größere Ausdehnung der Eventualmaxime angenommen, als die Römer jemals hatten. Auch sie kannten selbstredend jenen Grundsatz, insoweit derselbe ja nur ein Ausdruck für unübersteigliche Gränzung ist und solche dem römischen Verfahren ebenfalls eigen war; aber bei uns ist der Grundsatz be-

kanntlich zur Consequenz durchgebildet. Es sollen alle Schritte, deren die Partei sich überhaupt bedienen will, auf den möglichst kleinen Raum durch gleichzeitige, wenn auch nur eventuelle Vornahme concentrirt werden. Die Vorzüge dieses Grundsatzes haben sich bei uns erprobt, wir werden nicht Willens sein, ihn aufzugeben, wenn wir im Stande sind, seine etwa schädlichen Auswüchse durch starke richterliche Proceßleitung zu beseitigen. Auch deshalb aber ist eine Uebertragung der römischen Institutionen nicht möglich.

Von andrer Seite hat man in der Commission die Schöpfung des Beweisurtheils aufs seltsamste zu erklären versucht. S. 1781 der Protokolle wird die Ansicht entwickelt, daß beim Eindringen des römischen Rechts die Richter ohne detaillirte Auseinanderlegung der Sache nicht mehr hätten urtheilen können.

> „Sie hätten deshalb auf ein System hingearbeitet, in dem der Versuch gemacht werde, die Parteien über das, worüber sie streiten, wenigstens bedingt zu einigen, wie solches in einem Beweisinterlocut der Fall sei, in welchem ausgesprochen werde, daß die Klage abzuweisen sei, wenn nicht der Kläger diesen oder jenen Beweis erbringe. In solcher Weise werde alles auf einen Vertrag hinausgeführt. Diesem Systeme lasse sich gewiß ein hoher Grad von Scharfsinn nicht absprechen; es sei ein glücklicher Gedanke, auf diese Art zwei Parteien zu einem gemeinsamen Willen zu bringen und dem Richter alsdann aufzugeben, diesen Willen zu einem unbedingten zu machen."

Diese Auffassung ist uns vollständig neu und wir können dieselbe nicht für richtig halten. Nach unsrer Ueberzeugung liegt vielmehr die Sache so, daß das deutsche Beweisurtheil so weit zurückreicht, wie überall unsre Kenntniß geht; daß es nicht etwa ein Product der Reception und ihrer Schwierigkeiten, sondern vielmehr ein uralter, durch die Consequenz gebotner Ausdruck der formellen Beweistheorie ist, welche das alte germanische Recht beherrschte. Ob es dort in jenen alten Zeiten durch Gesetz

oder, wofür man in der Commission allseitig eine Vorliebe an den Tag legt, durch Gewohnheitsrecht entstanden ist, das lassen wir billig außer Erörterung. Es ist klar, sobald das Recht die Erfüllung gewisser Formen mit der Fiction der Wahrheit bekleidet, dann ist es unvermeidlich, daß die Entscheidung des Streits darin besteht, wem die Erfüllung jener Formen zu verstatten sei. Das Endurtheil, könnte man sagen, spricht das Gesetz, das Gericht erläßt nur ein Beweisurtheil.

Als das romanische Verfahren in Deutschland bekannt wurde und von einigen Seiten lebhafte Fürsprache fand, da hatte unser heimischer Proceß noch im wesentlichen mündliches Verfahren mit formeller Beweistheorie. Diesen beiden Umständen werden wir es zuschreiben müssen, daß unser Recht stark genug war, sein Beweisurtheil dem fremden Rechte gegenüber aufrecht zu erhalten. Gerade derselbe Umstand aber rechtfertigt unsres Erachtens bei unsern jetzigen Gesetzgebungsfragen einen festen Anschluß an unser altes Beweisurtheil. Denn nicht ist dasselbe mit der formellen Beweistheorie allein verbunden, mit ihr dem Untergang verfallen, sondern in gleicher Weise erscheint es als der ungezwungene, und zudem durch unsre Geschichte empfohlene Theilpunkt des mündlichen Verfahrens.

Es ist für den Richter nothwendig, zu irgend einer Zeit darüber sich ins Reine zu setzen, welche Behauptungen als fundirend anzusehen, vom Beweise welcher daher der Sieg in der Sache abhänge. Soll der Richter diese Prüfung erst bei Erlaß des Endurtheils vornehmen oder soll sie im Laufe des Processes erfolgen, das ist die heutige Streitfrage. Daß sie erfolgen muß, ist ebensowenig zweifelhaft als daß sie ihrem eigentlichen Charakter nach ein Urtheil ist. Auch die Anhänger des Beweisdecrets stellen das nicht in Abrede; auch sie wollen, daß bei der Abgabe der Endsentenz der Richter rechtlich entscheide über Beweislast und Beweissatz, nur fordern sie, daß diese rechtliche Entscheidung Theil des Endurtheils bleibe, daß im Laufe des Processes der Richter nur versuchsweise durch ein Decret angebe, von welchen Thatsachen der endliche Ausgang wohl ab-

hängen werde. Dadurch legen sie dem Richter einen doppelten Ausspruch bei, zuerst proceßleitend, dann urtheilend. Das hat an sich nichts Unzulässiges, es kann ja dasselbe bei andern processualen Fragen ebenfalls vorkommen. Allein bei der Frage der Beweislast und des Beweissatzes liegen doch besondere Gründe vor, welche ein solches Vorgehen unsers Erachtens nicht gestatten. Denn jene Möglichkeit doppelten Ausspruchs setzt Fragen voraus, deren Erledigung aus Rücksichten zweckmäßiger Proceßführung und erst im zweiten Falle aus Rechtsgrundsätzen erfolgt. Solches Verhältniß findet aber bei den hier in Rede stehenden Beweisfragen durchaus nicht Statt; es handelt sich hier um Fragen, welche nach Rechtsgrundsätzen, und nur nach Rechtsgrundsätzen zu beantworten sind und deren wahrem Charakter daher durch Zulassung jeder provisorischen Erledigung Abbruch gethan wird. Muß nun dieser Maßstab Rechtens einmal angelegt werden, so ist es unsrer Ueberzeugung nach durchaus vorzuziehen, daß diese Anlegung *vor* der Beweisführung selbst erfolgt. Denn so allein erhält die Parteithätigkeit ihre ganz bestimmte Richtung. Verschieben wir hingegen die Beurtheilung, so gerathen wir, (abgesehen selbst von dem Beweisdecret, dessen Erlaß ja trotzdem nicht nothwendig würde) mit allen leitenden Grundsätzen in einen gewissen Widerspruch.

Vor allem mit der Unmittelbarkeit. Sie gebietet, die Würdigung des vorgelegten Materials in so nahem Zusammenhang zum Vorbringen selbst vorzunehmen, wie es nur immer die Verhältnisse gestatten. Hier aber keilt sich zwischen die Vorlegung der Thatsachen und die Feststellung ihrer Relevanz die ganze Beweisaufnahme hinein, welche den Richter, besonders bei Wiederholungen, weit abrückt von der mündlichen Hauptverhandlung, deren thatsächliches Material als die allein zu beachtende Grundlage dasteht. Die Interessen der Parteien werden dadurch möglicher Weise benachtheiligt, denn wie weit der Richter noch ein zutreffendes Bild von dem eigentlichen, vor Wochen vorgelegten Sachverhalt sich bewahrt hat, darüber fehlt jede Garantie. Wollen wir also eine in Form der Mündlichkeit auftretende Unmittelbarkeit, so

gebietet das praktische Bedürfniß, die einzelnen Theile möglichst auseinander zu halten, jedes Vorlegung dadurch leichter, seine Beurtheilung zutreffender zu machen.

In gleicher Weise verstößt jene Ansicht gegen die Eventualmaxime; sie zerlegt die Beweisinstanz in mehrere einzelne Versuche, die durchaus überflüssig werden, sobald man sich gleich anfangs den Ernst und die Mühe nimmt, das festzustellen, was man nachher festzustellen doch nicht umhin kann. — Sie verletzt endlich die Verhandlungsmaxime, indem sie über Fragen rein rechtlicher Natur einen richterlichen Befehl herbeiführt, und dem Richter nicht die Aufgabe stellt, zu würdigen, was die Parteien ihm vorgelegt haben, sondern die Parteien zu einer vielleicht mehrmaligen Thätigkeit aufzufordern, deren rechtlicher Werth noch im Dunkel ruht. Dadurch tritt jene Ansicht, man mag es zugeben oder nicht, hinüber auf das Gebiet der Instruction, wie sich das besonders in der Folgerichtigkeit zeigt, daß der Richter, ehe er einzelne Thatsachen als nichtbewiesen annehmen darf, verpflichtet ist, die Partei zum Beweise derselben aufzufordern.

Indeß diese Gründe gegen das Decret sind schon unzählige Male vorgebracht und obgleich die Parallele des Erkenntnisses auf Einlassung schon es nahelegt, auch diesen zweiten Abschnitt fest zu schließen, ehe man auf ihm weiter baut, kehren trotzdem wieder und wieder die Eiferer für französisches Recht mit der Behauptung zurück, daß weder Gründe der innern Consequenz noch Rücksichten der Praxis dem Beweisurtheile das Wort redeten. Der Refrain ist bei Allen wieder die gebundene Stellung des Richters, welcher die Endsentenz sprechen soll und, wie man sagt, es handelt sich um die Wahl zwischen dem Princip des Formalismus und dem der materiellen Wahrheit.

Mit dem letzten Argument hat es nun offenbar seine eigene Bewandniß. Uns ist niemals jene vielgenannte Trennung von *formellem* und *materiellem* Recht verständlich gewesen. Nach unsrer Ansicht wird nicht *formelles* Recht geschaffen, wenn das Recht auf *formellen* Gründen sich aufbaut. Mit jenem Schlagwort von materieller Wahrheit ist deshalb nur

für blöde Augen ein Werth in die Wage gelegt; wir müssen vielmehr die Frage so stellen: ist es rathsam oder nothwendig, formelle Gründe für Entstehung und Untergang von Rechten im Proceßrecht aufzustellen oder nicht?

Wir können die Frage an ihrem Kopf fassen: bedürfen wir der Rechtskraft? Man wird kein „Nein" hören. Im vorliegenden Fall handelt es sich ersichtlich nur darum, ob die Rechtskraft hier, oder dort angewandt werden soll. Beide Ansichten, die des Beweisurtheils und die des Decrets, beide haben eine Rechtskraft, aber die letztere will sie verbinden mit derjenigen Rechtskraft, welche der endlichen Entscheidung beiwohnt. die rechtliche Würdigung von Beweissatz und Beweislast soll nicht selbstständig, sondern nur als Theil des Endurtheils auftreten.

Sicherlich gewinnt man durch diese Vereinigung beider Aufgaben Einen Vortheil, den nämlich, keinen Widerspruch zwischen der Lösung beider hervortreten zu lassen. Allein von „materieller Wahrheit" ist man dabei nicht minder entfernt. Keinerlei Garantie ist vorhanden, daß jetzt bei dieser Vereinigung der, dem ursprünglich vorhandenen, durch processualische Gründe noch nicht beeinflußten, Rechtsverhältniß entsprechende Beweissatz richtig erfaßt sei. Man gewinnt den logischen Bau des ganzen Erkenntnisses, aber durch dieses rein äußerliche Verhältniß kann man materielle Differenzen nur verdecken, nicht verhindern. In dem Streben nach „materieller Wahrheit" strandet man auf einem durchaus formalen Resultate, und opfert die Vortheile, welche eine Scheidung beider Fragen darbietet, bei Lichte betrachtet nur der persönlichen Bequemlichkeit desjenigen Richters, welcher das Endurtheil zu sprechen hat. In der That ist diese Bequemlichkeit der bestimmende Grund, der durch das „Streben nach materieller Wahrheit" nur verbrämt, hie und da auch unumwunden eingeräumt wird. Man fühlt diesen Druck nicht erst seit Kurzem. Es ist bekannt, wie man hartnäckig darauf ausgegangen ist, die Rechtskraft des gemeinrechtlichen Beweisurtheils dadurch zu verkümmern, daß man dem Richter

gestattete, bei Fassung des Endurtheils doch seiner abweichenden Meinung nachzugehen. Auch der bayerische Entwurf hat wieder diesen Vorschlag, Art. 280, welcher offenbaren Mißbrauch mit dem Begriff des Urtheils treibt. Aus demselben Streben entspringt jetzt die durch das französische Recht übermächtig unterstützte Abneigung gegen das Beweisurtheil überhaupt. Uns ist diese Schwäche völlig unverständlich und sobald man den Muth hat, sie wirklich bis in ihre Consequenzen zu verfolgen, dann liegt ihr verwaschener Charakter zweifellos zu Tage. Was anders ist es denn als eine Auflehnung gegen den Begriff der Rechtskraft selbst? Wir haben vorhin die Haltlosigkeit jener materiellen Wahrheitserforschung dargethan; will man diese Unbequemlichkeit des Richters, gegen seine Ueberzeugung erkennen zu müssen, weil die Rechtskraft des Beweisurtheils ihn bindet, will man diese berücksichtigen, dann ist die ganze Rechtssicherheit angegriffen, dann muß man mit gleichem Rechte sich gegen das Erkenntniß auf Einlassung, gegen die Beschränkung des Oberrichters auf gravamina erklären, muß den Richter freisprechen von der Pflicht, ein ihm nicht gerecht scheinendes Urtheil zu vollstrecken; kurz muß alle Gesetze, alle Schranken beseitigen und fessellos der materiellen Wahrheit nachspüren, der jede abschließende Form unverkennbar Abbruch thut. Freilich, was dann aus dem Leben würde, das steht auf der Kehrseite.

Wir halten es daher für den gebotenen Weg, die Beweisinstanz durch ein wirkliches Urtheil zu begründen und erst auf dieser rechtskräftigen Basis weiter vorzuschreiten. Wie nun aber diese Rechtskraft herbeigeführt werden soll, ob durch sofortige Gestattung der sonst zulässigen Rechtsmittel, oder unter Vorbehalt derselben bis zur Erörterung der endlichen Entscheidung, darüber kann wiederum Streit sein. Man könnte unbeschadet der Urtheilsqualität die Ausführung etwa eingewandter Rechtsmittel bis nach vollendetem Verfahren verschieben, könnte sogar von der Einwendung ganz absehen, weil diese, wenn man einmal jenen anderen Satz aufstellt, doch zu einer stereotypen Form des Verfahrens werden würde. So könnte man das

hannoversche System der vorbehaltenen Berufung auffassen, welchem man bekanntlich deshalb besonderen Werth beilegt, weil es durch den endlichen Ausgang des Verfahrens häufig den Parteien jedes Interesse an abweichender Formulirung benähme. Wir würden aber auch hier das gemeinrechtliche Verfahren vorziehen: erst eine unantastbare Grundlage und dann auf dieser vorgegangen; die Klarheit des Verfahrens wird dadurch größer, die Unmittelbarkeit intensiver, die Ueberbürdung der oberen Gerichte weniger zu befürchten. Und wenn man endlich darauf hinweist, daß gerade in dieser sofort gestatteten Appellation ein Hauptgrund der Proceßverschleppung liege, so halten wir mit Planck dafür, daß diese ihren Grund in den modus procedendi und nicht in der Gestattung des Rechtsmittels findet, dem neuern Verfahren mithin fremd bleiben wird.

§ 23.

Die Entwürfe freilich sind nicht der hier aufgestellten Ansicht, sie folgen der Zeitströmung und die Vertheidigung des gemeinrechtlichen Beweisurtheils in der deutschen Commission ist erfolglos geblieben. Man hat folgende Bestimmungen getroffen.

Zunächst setzt der § 234 fest:

> „Sind beim Schlusse des . . Schriftenwechsels erhebliche Thatsachen streitig geblieben, so haben die Parteien die Thatsachen, zu deren Beweis sie sich erbieten und die Beweismittel, deren sie sich bedienen wollen, wenigstens eine Woche vor der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Tagfahrt dem Gegner mittelst besonderer Schriftsätze anzuzeigen."

Also sogar in das Vorbereitungsstadium zieht man die Beweisfrage hinein und zwingt die Parteien zu einer selbstständigen Beweisantretung durch Schriftsätze, ehe sie überall wissen, was an eigentlichen Behauptungen vorgebracht werden wird. Damit verstoßt man gegen den Gedanken, daß erst die mündliche Erhebung der Klage im Termin maßgebend ist, und wenn wir auch zugeben, daß von diesem Grundsatz in andern Richtun-

gen Abweichungen angenommen werden müssen, so sehen wir doch hier nicht ein derartiges praktisches Bedürfniß, sondern nur ein übermäßiges Betonen der Schriftlichkeit, welches durch den erwarteten Nutzen der bessern Instruction der Parteien für die Verhandlung nicht aufgewogen wird; um so weniger als ein eigentliches Präjudiz auf das Vorbringen oder Nichtvorbringen der Beweismittel hier doch nicht aufgestellt werden kann. Der angedrohte Rechtsnachtheil bezieht sich nämlich nicht auf die Beweismittel, sondern nur auf die Thatsachen und auf das Innehalten der gesetzlichen Minimalfrist. Um dieser Gründe willen kann der Gegner nach § 134 die Vertagung der Verhandlung fordern. Ob aber die aufgestellten Beweismittel dieselben bleiben oder nur zum Schein genannt sind, das ist indifferent; nur wegen abweichender Darstellung der Thatsachen ist Vertagung zu fordern gestattet und der Entwurf stellt den Thatsachen selbst ausdrücklich die Beweismittel gegenüber.

Unter diesen Umständen scheint uns diese Anzeige hinderlich, insofern sie eine Terminsansetzung der Art ernöthigt, daß für jene 8tägige Minimalfrist genügender Raum bleibt, — sie ist nicht minder unpraktisch, weil sie eine fingirte Beweismittelliste ohne jeden Nachtheil gestattet; — sie ist endlich drückend, weil sie den Parteien die specielle Darlegung ihrer angeblichen künftigen Beweissätze zur Aufgabe stellt in einer Zeit, in welcher geständigermaßen in der Sache selbst noch gar kein Material vorgetragen ist, die Parteien also gezwungen sind, ins Blaue hinein in der Erwartung zu arbeiten, daß eine Aenderung der Behauptungen nicht erfolgen werde.

Der deutsche Entwurf sieht sich denn auch zu Wiederholungen gedrängt; auch im Termine wiederum sollen nach § 274 die Parteien die erheblichen, des Beweises bedürfenden Thatsachen, welche streitig geblieben, nebst den einzelnen Beweismitteln, deren sie sich bedienen wollen, bestimmt bezeichnen und über die von der Gegenpartei bezeichneten Beweismittel sich erklären. Das mag unter Umständen, z. B. wenn neue Beweismittel angegeben werden, kaum möglich sein, aber der dann

vielleicht nothwendigen Vertagung finden wir nicht gedacht. Vielmehr sagt § 277 schlechtweg:

„Beweismittel, welche bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung nicht vorgebracht sind, gehen für die Instanz verloren."

Darin liegt unsres Erachtens eine nicht zu billigende Härte, die sich beispielsweise auch in dem Falle herausstellt, wenn die Partei auf die gegnerischen Nova zu antworten bereit ist. Hier wird sie von ihrem Entschluß, zu Ende zu verhandeln, durch den § 277 zurückgedrängt werden, denn während sie die thatsächlichen, vom Inhalt der Schriftsätze abweichenden Erklärungen des Gegners vielleicht vollständig übersieht, wird es ihr vielleicht doch unmöglich sein, über die von ihm über diese Nova nachher vorgebrachten Beweismittel sich bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlungen zu erklären, geschweige ihre Gegenbeweismittel sofort anzugeben. So führt jene Zwangsbestimmung herbei, was sie sicher nicht wollte, daß in solchen Fällen stets der Gegner auf seiner Hut sein und bei jeder thatsächlichen Abweichung zur Vertagung greifen wird.

Mißlicher noch scheint uns die Stellung, welche der Entwurf dem Richter geben will. Im § 274 heißt es:

„Erachtet das Gericht eine streitige, des Beweises bedürfende, Thatsache für erheblich, welche von keiner der beiden Parteien als solche bezeichnet wurde, so hat es dieselben zur Angabe der diese Thatsache betreffenden Beweismittel zu veranlassen."

Wozu diese richterliche Unterstützung soll, ist uns nicht klar. Denn außerdem spricht der Richter nach § 275 jetzt sein Beweisinterlocut aus, in welchem er, ohne an die Auffassung der Parteien gebunden zu sein, die des Beweises bedürfenden Thatsachen und die beweispflichtige Partei zu bezeichnen auch zugleich die Aufnahme der zulässigen Beweismittel anzuordnen hat. Wir dächten, damit wäre genug geschehen und nun mindestens jene Aufforderung zur Nennung von Beweismitteln, welche die ganze Stellung des Gerichts verrückt, völlig entbehrlich; statt dessen

hat man jedoch im § 277 den Verlust der Beweismittel für die Instanz ausdrücklich von jener dem Beweisinterlocut vorhergehenden richterlichen Befragung abhängig gemacht. Wir hoffen sehr, daß die zweite Lesung diese Abnormität streichen wird.

Seltsamer Weise hat man nun bei der Erörterung dieser Frage geglaubt, zum Theil ausdrücklich ausgesprochen, daß man die Frage der Trennung von Beweis und Behauptung behandeln und erledigen könne ohne die Art näher zu berühren, in welcher diese Trennung zu erfolgen habe. Demgemäß ist die Frage nach der Kraft des Interlocuts ganz außer Acht gelassen, obgleich der Verlauf der Debatte sowohl, als die klaren Auseinandersetzungen der einzelnen Verfechter des Beweis*urtheils* zur Genüge zeigen, daß eine Isolirung jener Fragen nicht durchführbar ist. Durchsehen läßt sich freilich ja auch jetzt schon, daß die endliche Beschließung der Commission auf eine nichtbindende Eigenschaft, also auf ein Decret hinaus laufen wird. „*Aber das scheint mir gewiß, dem Geist des deutschen Processes wird ein ihm fremdes Blatt eingeimpft, das in dieser Verbindung schwerlich gute Früchte tragen wird.*“ (Planck).

Was den sächsischen Entwurf anbetrifft, so kennt er jene Angabe der Beweismittel von Seiten der Parteien weder im Vorbereitungsverfahren noch im Verhandlungstermin selbst. Aber auch er hat sich dem Beweisdecret angeschlossen, obgleich die sächsische Gesetzgebung in ihrer Vergangenheit vorzüglichen Anlaß hätte finden können, auch jetzt, wie vor dreihundert Jahren, wiederum für nationale Institutionen in den Kampf zu gehen.

§ 24.

Wir würden demnach der Ansicht sein, daß man über die gemeinschaftlichen Grundsätze über Beweisanticipation nicht hinausgehen und das Vorbereitungsstadium nicht durch Hineinziehen einer Beweisantretung erweitern sollte. Besondre Berücksichtigung fordert nun aber noch das Verhältniß, in welchem die

Vorbereitung und die eigentliche Verhandlung hinsichtlich des thatsächlichen Materials zu einander stehen.

Nach dem leitenden Grundsatz sehen wir als den Schwerpunkt des ganzen Verfahrens den Verhandlungstermin an; das vorhergehende Stadium hat einzig den Zweck, Richter und Parteien zu leichterer Erfassung der Sache im Termin zu befähigen. Daraus ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß auch die processuale Existenz der thatsächlichen Behauptungen abhängen muß von ihrem Vorbringen im Verhandlungstermin, wie es denn ja ausdrücklich als unzulässig erklärt wird, sich in diesem kurzer Hand auf die Schriften des Vorverfahrens zu stützen, anstatt das ganze Material hier vorzutragen.

Indeß dieser Satz läßt sich nicht bis zur starren Consequenz verfolgen, ohne rechtsverletzend zu werden. Die Gesetze knüpfen an die Klagerhebung eine Reihe von theils civilrechtlichen, theils processualen Wirkungen; es wäre praktisch unmöglich, diese Wirkungen auf den Zeitpunkt zu verschieben, wo die eigentliche Klage im mündlichen Vertrag erhoben wird; vielmehr ist es unabweislich, dieselben der klägerischen Vorbereitungsschrift anzureihen. Wir dürfen dieser Bestimmung auch durchaus nicht den Charakter einer Ausnahme, einer Abweichung im eigentlichen Sinn beilegen; sie enthält nur die Durchführung eines Princips, über dessen Existenz uns die bisher gewöhnliche Einleitungsform des Processes im Dunkeln lassen konnte. Man sagte „mit dem Tage der Klagerhebung" oder „von Insinuation der Klage an", allein den Nachdruck auf diese Form zu legen, beabsichtigte man dabei durchaus nicht, vielmehr wählte man diesen Ausdruck nur, weil eine andre Form nicht existirte, und weil man deshalb ohne jeden Nachtheil Form und Princip confundiren konnte. Das Entscheidende blieb selbstverständlich stets das Princip, und nicht die Klagerhebung hatte jene Wirkungen, sondern der in der Klagerhebung uns entgegen tretende Anfang des Rechtsstreits. Dieser Anfang des Processes hat bekanntlich im Lauf der Geschichte eine häufige Verschiebung erlitten, wie sich das namentlich in dem bisweilen ängstigenden

Bemühen zeigt, mit den Sätzen des klassischen römischen Rechts über Litiscontestation fertig zu werden. Eine solche Verschiebung tritt auch jetzt wiederum ein: der Anfang des Processes liegt nach dem neueren Verfahren nicht mehr in der Klagerhebung, sondern in der Vorbereitungsschrift, im Antrag, in der Klagschrift, wie man es nun nennen mag; kurz der Anfang liegt da, wohin ihn die gesetzliche Bestimmung, daß solche Vorbereitung nothwendig sei, ganz von selbst und ohne jede ausdrückliche Erklärung schieben muß.

Wir haben es demnach nur dem Scheine nach mit einer Ausnahme zu thun, über deren wahren Werth man sich nur dann täuschen könnte, wenn man übersähe, daß unter der Klagerhebung das Princip des Streitanfangs verhüllt liegt. Trotzdem ist es leicht erklärlich, daß die Gesetzgebung hier etwaiger gedankenlosen Anwendung der alten Sätze durch die ausdrückliche Erklärung vorbeugt, wo man nunmehr den Anfang des Streits zu suchen habe.

Der deutsche Entwurf ist aber weiter gegangen und übertritt damit, so viel wir sehen, unzweifelhafte Rechtssätze. Im § 227 heißt es:

> „Im Uebrigen treten alle Wirkungen, welche durch die bürgerlichen Gesetze an die Anstellung oder Mittheilung der Klage, an die Vorladung des Beklagten oder an dessen Einlassung auf die Klage geknüpft werden, mit der Behändigung der Klagschrift ein."

Das schießt weit über den Zweck hinaus, um den es sich handelt und wir vermögen nicht abzusehen, wie man z. B. den Uebergang des Processes auf die Erben oder das liti se offerre, welches in der Einlassung liegen würde, an die Behändigung der Klagschrift knüpfen mag. Wir sollten meinen, es genüge vollständig, wenn man einfach erklärt: die Behändigung der Klagschrift enthält den Anfang des Processes.

Wichtiger wird aber dieses Verhältniß in einem andern Punkte. Wenn wir den mündlichen Vortrag als die eigentliche Klage ansehen, so laufen wir Gefahr, jene Vorbereitung ent-

weder überflüssig zu machen, wenn nämlich doch nichts darauf ankommen soll, ob die Behauptungen auch dort schon vorgebracht sind; oder wir laufen Gefahr, ihr einen, die mündliche Verhandlung beengenden Werth beizulegen, wenn nämlich nur diejenigen Behauptungen, welche vorbereitend schon aufgestellt sind, für zulässig in der Hauptverhandlung erachtet werden. In welcher Weise sollen wir diesen Gefahren aus dem Wege gehen?

Wir schließen uns unbeschränkt derjenigen Lösung an, welche Planck neuerdings in seinen Bemerkungen über den bayerischen Entwurf in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Lehre vorgeschlagen hat. Das Entscheidende muß darin liegen, ob jener Zweck des ersten Stadiums, dem Gegner die Vorbereitung für den Verhandlungstermin zu ermöglichen, wirklich erreicht ist oder nicht. Also nicht darauf soll es ankommen, ob überall eine Verschiedenheit zwischen den Behauptungen hier und dort vorhanden ist, sondern darauf, ob diese Verschiedenheit erheblich ist.

Darüber ist man auch wohl im wesentlichen einverstanden, daß durch das entgegenstehende Princip ein Formalismus geschaffen wurde, welcher mit dem proclamirten Grundsatz der Unmittelbarkeit in unerträglichem Gegensatz stehen würde. Aber wie soll nun jene Erheblichkeit festgestellt werden? Hier theilen sich die Wege. Die Einen (und zu ihnen zählt auch der deutsche Entwurf) stellen die einzelnen Fälle auf nach gewissen Kategorien, sie scheiden, (wenn man auch jetzt die Ausdrucksweise vermeidet,) zwischen einer Veränderung und einer Verbesserung und sie wollen die letztere gestatten, die erstere nicht. Sie erhöhen das Mißliche noch dadurch, daß sie ihre Grundsätze nur auf die Klage anwenden wollen und dadurch in Widerspruch mit dem Satze treten „reus in exceptione actor", obgleich gerade sie Willens sind, diesen Satz zum Ausgangspunkt für die Einrichtung des ganzen Verfahrens zu nehmen. — Die Andern hingegen fassen die Frage durchaus concret auf; nicht allgemeine Kategorien entscheiden über die Zulässigkeit, sondern die Verhältnisse des vorliegenden Falles, die zu der Frage sich zuspitzen,

ob eine Gefährdung der Vorbereitung hier vorhanden sei oder nicht. Diese Auffassung führt ihre Sätze consequent durch, ohne daß die Verschiedenheit der Parteistellung ihr hinderlich wäre.

Wir sind nicht im mindesten zweifelhaft, daß die letztere weitaus praktischer ist. Sie scheidet nicht nach blos äußerlichen Momenten, sie opfert nicht das vorhandene Bedürfniß starren Kategorien, sie läßt der Erwägung des Für und Wider freien Raum und stellt an die Stelle jener äußerst schwierigen Kategorien das richterliche Ermessen. In der That ist es aber eine Aufgabe für dieses, zu bestimmen, ob das Verfahren als solches dem Gegner durch Aenderungen der thatsächlichen Momente erheblich erschwert wird oder nicht; und es geht zu weit, jeder Abweichung die Wirkung beizulegen, daß der Gegner nunmehr zu einem Fortsetzen dieses Verfahrens nicht mehr gehalten, beispielsweise also der Beklagte im Stande wäre, den Kläger zu einer ausdrücklichen Zurückziehung der erhobenen Klage etwa gar im Wege richterlicher Entscheidung zu zwingen. Allerdings läßt sich nicht bestreiten, daß durch solche Aendrungen der Klage, mögen sie nun in Erweiterung des Gesuchs, oder Wechsel der Proceßart, oder Aenderung der Klagsubstanz, oder worin sonst immer bestehen, vielleicht dem Beklagten seine bisherige Arbeit nutzlos wird, so daß er in einem Stadium, welchem sonst diese Aufgabe nicht zufiele, zurückgreifen muß zur ersten Vernehmlassung; aber wir können nicht ergründen, weshalb man das für unzulässig erachten will, da man sich doch nicht darüber täuschen kann, daß der Kläger das gleiche Resultat jederzeit auf dem Wege eines Verzichts auf das eingeleitete Verfahren auch ohne besondre Zustimmung des Beklagten erreichen kann. Weshalb also wollen wir Zeit und Kosten damit vergeuden, erst ein Resultat ausdrücklich feierlich auszusprechen, über welches ohnehin in solchen Fällen kein Streit sein wird, daß nämlich durch eine Abweichung, welche aufs Neue eine Vernehmlassung des Beklagten fordert, das bisher angestellte Verfahren abstirbt und hinsichtlich desselben der Kläger auf alle Fälle die Kosten zu erstatten schuldig ist? Der einzige Punkt von wirklicher Wichtigkeit

bleibt doch nur die Frage nach den Wirkungen des Streitanfangs auf civilrechtlichem Gebiete, und gerade für sie erlangen wir durch die Zulassung jeder Aenderung ein durchaus praktisches Resultat. Wir werden jene Wirkungen aufrecht erhalten so lange, bis das Gericht die Abweichung für so geartet erkennt, daß die eadem res, die Identität des ursprünglich erhobenen Anspruches mit dem jetzt geltend gemachten gebrochen ist. — Diese Erledigung ist unsres Erachtens durch die leitenden Grundsätze eben so gerechtfertigt, wie sie durch das praktische Bedürfniß geboten ist, denn ohne sie verfallen wir in einen scholastischen Formalismus. Sie ist auch anwendbar ohne Unterschied, ob die Proceßleitung in der Hand des Gerichts liegt, oder den Parteien überlassen ist; im letzteren Falle würde es der gerichtlichen Entscheidung zu unterwerfen sein, ob die im Lauf des Vorverfahrens erfolgte Aenderung der Klage der Art gewesen, daß Beklagter aufs Neue die gesetzliche Frist für seine Einlassung in Anspruch nehmen dürfte. — Diese Erledigung gestattet endlich auch Anwendung des praktischen Satzes, daß bei neuer Vernehmlassung der Beklagte die vorherige Erstattung der aufgelaufenen Kosten fordern kann.

Auf keinen Fall aber scheint uns der Vorschlag des deutschen Entwurfes haltbar, daß die Fixirung der Klage durch ihre Behändigung an den Beklagten erfolgen, weitere Abweichung alsdann nur mit Zustimmung des Beklagten zuläßig sein soll. Halten wir diese starre Fixirung überhaupt für dem Geist unsers heutigen Verfahrens fremd, so fehlt uns für die hier aufgestellte Gränze jedes Verständniß. Bekanntlich stützen die Anhänger der hier bekämpften Theorie sich auf die processualische Consumtion, welche durch die Litisconteſtation eingetreten sein soll; darin liegt eine logische Berechtigung wenigstens, wenn wir den Satz selbst auch als das Ergebniß historischen Mißverständnisses ansehen. Aber nun soll sogar die Klagbehändigung diese Wirkung haben; das kann nur den Umstand für sich anführen, daß die Erledigung aller Fragen dadurch äußerlich erleichtert wird, wenn wir alle Wirkungen auf diesen Mo-

ment gründen. Solche Erleichterung findet unleugbar statt, allein sie ist eine blos äußerliche, welche erkauft ist durch Verletzung leitender Grundsätze. Von irgend welchem Interesse des Beklagten an der Aufrechthaltung gerade dieser Form des Anspruches kann rationeller Weise erst dann die Rede sein, wenn der Beklagte mit der Beschaffung seiner Vertheidigung gegen diese Form vorgegangen ist; und auch dann reducirt sich dieses Interesse auf die Erstattung der aufgewandten Kosten und auf unbeschränkte Gewährung seiner rechtlichen Vertheidigung. Ueber beide Zwecke schießt der Vorschlag des deutschen Entwurfs hinaus.

§ 25.

Hinsichtlich dieses Punktes stimmt der sächsische Entwurf mit unserer Ansicht überein: er gestattet die Aenderung der Klage bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung. (§ 383). Aber auch er specialisirt die Aenderung; als solche gilt nach § 383:

„1) Das Zurückziehen von Thatsachen oder das Vorbringen neuer Thatsachen zur Begründung der Klage, ferner

2) wenn der Kläger einen andern Gegenstand oder einen höheren Betrag fordert,

3) oder eine andere Proceßart beantragt."

Hier müssen wir nun freilich (mit dem Vorbehalt, daß wir, wie gesagt, jede Specialisirung für unrichtig halten,) den Sätzen des deutschen Entwurfs wieder den Vorzug geben. Der § 228 sagt:

„Als Klagänderung ist es anzusehen, wenn der thatsächliche Grund der Klage oder der Gegenstand derselben geändert, das Klagegesuch erweitert, dem früheren thatsächlichen Grunde ein neuer hinzugefügt oder eine Aenderung in der Person der Parteien vorgenommen wird."

Das läuft, so viel wir sehen, im wesentlichen auf die Iden-

tität dieses concreten, auf dieser bestimmten Grundlage ruhenden Anspruches heraus, analog der eadem res, wie sie bei res judicata u. s. w. zur Sprache kommt. Statt dessen legt der sächsische Entwurf Momenten einen Werth bei, denen derselbe rationeller Weise abgeht. Dahin zählen wir das Zurückziehen von fundirenden Thatsachen; in zahlreichen Fällen wird durch dasselbe durchaus kein Interesse des Beklagten verletzt; denken wir nur daran, daß der Kläger bei einer alternativ begründeten Klage die eine Begründung zurückzieht, will man hier wirklich von unzulässiger Klagänderung sprechen? — Dahin zählen wir in noch höherem Grade den Antrag auf eine andre Proceßart. Jedenfalls ist der Ausdruck schlechterdings unstatthaft, der Antrag kann die Aenderung nicht enthalten sollen; aber auch in der Sache entbehrt diese Bestimmung des inneren Zusammenhangs mit den andern Sätzen des Entwurfs, nämlich mit dem Nebeneinander von ordentlichem und abgekürztem Verfahren. Wir haben früher gesehen, daß eine Hinüberleitung von einem in's andre Verfahren gesetzlich gestattet sein soll und der Gesetzgeber verwickelt sich daher in einen Widerspruch, wenn er schlechtweg die Einleitung einer andern Proceßart oder wie er sich ausdrückt „den Antrag auf eine andre Proceßart" zur Klagändrung stempelt.

Es handelt sich aber nicht etwa blos um eine Rubricirung, sondern die Wirkungen der Klagänderung sind nach dem Vorschlage des Entwurfs von erheblicher Bedeutung. Der § 385 beginnt:

> „Eine geänderte Klage ist wie eine neue Klage zu behandeln."

Schlechthin also versetzen jene Aenderungen den ganzen Rechtsstreit wiederum auf seinen Ausgangspunkt zurück, ohne alle Rücksicht auf das Parteiinteresse. Selbst wenn der Beklagte erklärte, daß er seinerseits weiter verhandeln wolle, das Gericht ist trotzdem verpflichtet, die Sache in das Vorbereitungsstadium zurückzuweisen. Wir werden nicht nöthig haben, besonders auszuführen, wie unendlich weit dieser Vorschlag die

Brauchbarkeit des Verfahrens unter das Niveau unsrer heutigen Rechtsbildung herabdrückt.

Nun steht allerdings einem Gesetzgeber frei, willkürlich außer Augen zu lassen, was von anderen Seiten übereinstimmend als praktisch und gut anerkannt wird, allein Eins muß doch auch der Gesetzgeber berücksichtigen, nämlich seine eignen Vordersätze, und diese Anforderung erscheint um so berechtigter, wo man jeden Beirath verschmäht und öffentlich die Kritik für unnöthig erklärt. Daß man auch dieser Anforderung nicht Genüge thut, liegt auf der Hand. Denn sobald man sagt: Jede geänderte Klage ist wie eine neue Klage zu behandeln, ist es unverkennbar logisch unmöglich, die Zulässigkeit von Klagänderungen zu behaupten. Es giebt dann einfach gar keine Klagänderungen, die gestattet wären, sondern jede Klagänderung vernichtet den bisherigen Proceß, ist damit zugleich die Negation des Begriffes Klagänderung. So wenig man also einerseits von der Zulässigkeit der Klagänderung sprechen dürfte, so wenig erlaubt es die Logik, diese angeblichen Klagänderung zu befristen und ihr die Gränze der geschlossenen Verhandlung zu octroiren. Vielmehr müßte man die Klagänderung für unzuläßig erklären und Alles den Sätzen über den Verzicht auf den Proceß überlassen. Diese sind dann die allein entscheidenden.

Werfen wir auf dieselben bei dieser Veranlassung einen kurzen Blick. Der sächsische Entwurf stimmt materiell hier mit sich überein. Er kommt zu demselben Resultat, als hätte er gesagt: Jede Klagänderung ist als Verzicht auf den Proceß anzusehen, denn § 563 beschränkt den Kläger hinsichtlich seines Verzichts in derselben Weise; auch dieser Verzicht soll nur bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung gestattet sein. Die Motivirung lautet: „Zu § 563 hat die Erl. Pr.-Ordn. zu Tit. V. § 9 zum Vorbilde gedient." Die einschlagende Stelle sagt:

> „Wolte aber Kläger die vorige Klage fallen lassen und eine andere übergeben, soll er (zwar damit, wenn die neue von der vorigen in substantia als ratione Causae petendi oder Objecti, unterschieden, jederzeit, außerdem

aber) weiter nicht als biß zu Ablauff der, zu Uebergebung des Beweises ihme nachgelassenen Frist, oder biß gleichergestalt über der Eydes-Delation rechtskräfftig erkannt, darmit zugelassen . . . werden."

Wir sind außer Stande, einen Anknüpfungspunkt zwischen diesem Vorbild und den Bestimmungen des Entwurfs zu finden; daß beide dieselbe Verpflichtung zur Kostenerstattung dem Kläger auflegen, wird der Gesetzgeber schwerlich bei jener Motivirung im Auge gehabt haben und die allein in Betracht kommenden Zeitbestimmungen sind völlig verschieden. Die Erl. Pr.-O. ist zudem, wie wir schon (Zeitschr. f. Rpfl. u. Verw. XXIII, 19 u. fg.) nachzuweisen versuchten, gerade in dieser Frage so principlos zu Werke gegangen, daß sie kaum andere als negative Anhaltspunkte gewähren könnte.

Ueber diejenigen Gründe also, welche den Gesetzgeber des sächsischen Entwurfs bestimmten, den Verzicht auf den Proceß an den Schluß der mündlicheu Verhandlung zu binden, bleiben wir im Unklaren. Indeß auch der deutsche Entwurf hat eine Zeitgränze für diesen Act aufgestellt und hier giebt uns die Debatte genügenden Anhalt, um zur Prüfung vorzugehen. Es darf nach § 214 der Kläger einseitig bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache, nachher nur mit Einwilligung des Beklagten vom Processe abstehen. Hier ist, was zudem die Protokolle ausdrücklich erklären, die Litisconteſtation ersichtlich zum Ausgangspunkt genommen; sobald sie erfolgt ist, soll nunmehr die einzige Möglichkeit die rechtliche Entscheidung sein, wenn nicht die Parteien über ein Anderes sich einigen. Ein Princip haben wir also hier, allein ein unserer Ansicht nach falsches. Denn jene novirende Wirkung der Streitbefestigung, welche im klassischen römischen Rechte den Willen der Parteien unter die Autorität des Richters vertragsmäßig beugte, sie existirt heut zu Tage nicht mehr; unsere öffentlich rechtliche Anschauung, die publicistische Stellung des Gerichts hat sie vernichtet und in ihr ist jener Grund gefallen,

welcher dem Beklagten ein Recht gab, den Kläger an der Abwickelung dieser processualen Obligation festzuhalten. Wo heute der Beklagte sich auf die Anhängigkeit des Streits beruft, kann die Wirkung nur die sein, daß gleichzeitige Procedur über denselben Anspruch ihm nicht aufgedrungen werden kann. Nur Einen Factor giebt es, welcher seinem Einwand größeren Werth beilegt, das ist die im Proceß selbst ergangene rechtskräftige Entscheidung. Durch sie und nur durch sie wird heute, wie früher durch die Litiscontestation, der erhobene Anspruch in eine allseitig zu achtende Form gezwängt; durch sie allein kann der Beklagte den Kläger im Proceß festhalten. Andernfalls kann er der neuen Klage nur mit dem Erfolg sich entgegen setzen, daß Kläger erst das frühere Verfahren ausdrücklich aufgeben und dessen Kosten erstatten muß, ehe der Beklagte sich einzulassen schuldig wird. Hat man nun aber ein Verfahren im Auge, welches ohne Abschnitte in der Sache selbst bis zum Endurtheil einzig durch proceßleitende Verfügungen geschoben wird, so zwingt die Consequenz, dem Kläger jederzeit bis zur Rechtskraft der endlichen Entscheidung den Verzicht auf den Proceß zu gestatten. Auch das redet dem rechtskräftigen Beweisurtheil das Wort.

Für den deutschen Entwurf kommt nun noch ein besonderer Umstand hinzu. Es soll dem Kläger die Rücknahme des ganzen Verfahrens bis zum Augenblick der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache gestattet sein; allein wie vereint man diesen Zeitpunkt mit dem in § 227 aufgestellten Satz, daß alle Wirkungen, welche durch die bürgerlichen Gesetze an die Anstellung oder Mittheilung der Klage, an die Vorladung des Beklagten oder an dessen Einlassung auf die Klage geknüpft werden, mit der Behändigung der Klagschrift eintreten sollen? Wir übersehen nicht, daß hier von bürgerlichen Gesetzen, dort von Proceßgesetzen die Rede ist; es fragt sich nur, ob nicht die Commission selbst unbewußt durch diese Sätze anerkannt hat, daß jene starrwirkende Litiscontestation unserem heutigen Recht ebenso fremd wie unnöthig, daß sie ebenso wenig bei dem Verzicht auf den Proceß wie bei der Klagänderung oder den sonsti-

gen früher an sie geknüpften Wirkungen von entscheidendem Einfluß ist.

Wir kommen also zu dem Resultat, daß Abstand vom Proceß und Klagänderung zwei völlig zu scheidende Institute sind, das eine unterliegend den Rechtsgrundsätzen über Verzicht, das andere zu messen mit dem Maßstabe der richterlichen Proceßleitung. Niemals wird es zum Guten führen, wenn man, wie es der sächsische Entwurf thut, beide in eins wirft.

Ein anderer Punkt reiht sich sofort an. Wir sagten schon oben, daß der sächsische Entwurf die Momente der Klagänderung und Verbesserung specialisire. Er gestattet als letztere:

> „Abweichungen anderer Art von der ursprünglichen Fassung der Klage, Berichtigungen der Klage, insbesondere solche, welche dazu dienen, Zweideutigkeiten zu heben, Dunkelheiten aufzuklären, Irrthümern über Namen, Beschreibungen, Zeit- oder Ortsangaben vorzubeugen oder dieselben zu beseitigen, Schreibe- oder Rechnungsfehler zu verbessern."

Die Motive sagen: „Es war nöthig, den Unterschied zwischen Aenderung und Berichtigung eines Parteivortrages scharf festzustellen." Allein dieses Bewußtsein der gegebenen scharfen Feststellung des Unterschieds scheint erst nachträglich über den Gesetzgeber gekommen zu sein, bei der Abfassung vom § 383 u. folg. war es offenbar nicht vorhanden. Vielmehr war man hier von der Unsicherheit der Scheidung in dem Grade überzeugt, daß man auf folgenden Ausweg verfiel. Der § 385 schreibt vor:

> „Wird zwischen den Parteien, die Frage streitig, ob eine Klage geändert oder ob sie nur berichtigt worden sei, so ist darüber im abgekürzten Verfahren zu verhandeln und zu erkennen.

Unterschiedslos soll also jede Meinungsverschiedenheit der Parteien über die nachträgliche Abweichung des Klägers dahin führen, daß der Richter nach abgesetztem Verfahren über dieselbe erkennt. Wer dem sächsischen Verfahren nicht fremd ist, dem wird diese Neigung zu ausgedehntem Parteigehör nicht über=

raschend sein. Aber trotzdem bleibt die Bestimmung sehr bedenklich, wie ein Beispiel das sofort veranschaulicht. Nehmen wir an, daß der Kläger nachträglich erklärt, er habe in seiner Klage sich geirrt, es sei nicht in dieser Stube die Unterredung vorgefallen, sondern in jener; oder: der Beklagte heiße nicht Claus Wilhelm, sondern Claus Peter, er sei auch nicht Tischlermeister, sondern nur Tischler, — solchenfalls könnte der Beklagte behaupten, daß sei keine gesetzlich zulässige Berichtigung, sondern eine Klagänderung und die Klage sei aufs Neue ihm zur Vernehmlassung zuzustellen. Von ganz besonderen Fällen abgesehen werden wir jenen Abweichungen offenbar gar keine Bedeutung beilegen; die Identität der Parteien und des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses wird durch sie so wenig beeinflußt, als die Vertheidigung des Beklagten dadurch geschmälert ist. Aber Niemand kann den Beklagten hindern, zu behaupten, es sei das eine Klagänderung. Der Richter freilich, und die ehrliche Partei mit ihm, wird sofort erkennen können, daß es sich um bloße Proceßverschleppung oder Chikane handelt, allein was will er thun? Der Entwurf bindet ihm die Hände, er muß die Frage, sie mag so einfach sein wie sie will, er muß sie ins abgekürzte Verfahren hinüber leiten.

Vergegenwärtigen wir uns, was das heißt. Wir gehen von Collegialsachen aus. Sobald also die Parteien in Streit über die Zulässigkeit einer Abweichung gerathen, so verwandelt sich vor allen Dingen das Collegialgericht. Die Räthe treten ab, bis auf einen, und dieser leitet nunmehr den Proceß, der sich in folgender Weise abwickelt (§ 921 u. fg.).

Es werden die Parteien zum Verhandlungstermin geladen, ohne daß ihnen schriftliches Vorverfahren über diesen Antrag gestattet wäre; nur darf der Beklagte eine schriftliche Beantwortung des klägerischen Antrages vor oder im Termine einreichen. Diese Ladung muß dem Beklagten wenigstens drei, höchstens acht Tage Frist offen lassen; wäre Gefahr beim Verzuge, so dürften die Parteien auch mündlich mit kürzerer Frist und selbst zum sofortigen Erscheinen geladen werden. Man könnte daraus viel-

leicht entnehmen, daß mindestens die Fortsetzung der Verhandlung in demselben Termin möglich wäre, in welchem der Streit über die Zulässigkeit ausbricht; allein es ist nicht zu übersehen, daß die Vorladung zum sofortigen Erscheinen periculum in mora voraussetzt und daß der Beklagte oder vielleicht die beiden beauftragten Advocaten es sehr in ihrem Interesse finden, die möglichst breite Behandlung dieses Incidentpunktes durch nichts zu stören. Es wird also regelmäßig die Verhandlung abgebrochen, ein neuer Termin angesetzt werden, blos damit die Parteien sich auslassen können über jene Fragen. Für diesen Termin müssen sie nun Beweis- und Gegenbeweismittel mit zur Stelle bringen, auch dessen gewärtig sein, daß schon jetzt die Aufnahme des Beweises, so weit dieselbe möglich, erfolge. Die Verhandlung selbst soll ohne Unterbrechung alsdann bis zum Erkenntniß stattfinden; der Richter leitet die Vorträge der Parteien, er wirkt auf die Vollständigkeit derselben hin, klärt Unbestimmtheiten und Dunkelheiten durch Fragen auf, fordert die Antretung des Beweises, bezeichnet die Thatsachen, deren Beweis einer Partei obliegt, sorgt möglichst dafür, daß die Aufnahme des Beweises sofort Statt finde. „Wird eine neue Tagfahrt nöthig, so ist dieselbe in der Regel sofort mündlich anzusetzen." Wer die Beweisurkunde nicht mit zur Stelle hat, kann dann noch gegen Erstattung der Kosten zur Vorlegung derselben einen neuen Termin begehren. Kommt es dann endlich zum Erkenntniß, so sind wir zugleich bei dem § 933 angelangt:

> „Im abgekürzten Verfahren findet das abgekürzte Appellationsverfahren Statt."

Man braucht nur Ein Mal gesehen zu haben, wie im sächsischen Proceß Urkundenbeweise durch gar nichts anderes als eine articulirte Zergliederung der Proceßacten geführt werden können, und man wird ohne Pessimismus hier die Keime entsetzlicher Procedur blos über die eine Frage sehen, ob Klägers Abweichungen Verbesserung oder Aenderung seien.

§ 26.

Ehe wir dieses Stadium der Stoffsammlung verlassen und zu dem der Beurtheilung übergehen, wollen wir auf den Fall der Contumaz einen Blick werfen. Wir beschränken uns dabei auf die leitenden Grundsätze, insofern dieselben für die Säumniß des Beklagten wirksam werden. Die analoge Anwendung auf den Kläger bietet wenig Schwierigkeiten, sobald man über den Standpunkt selbst nur einverstanden ist.

Hinsichtlich der Contumaz des Beklagten lassen wir nun ebenfalls einige Fragen ganz außer Berücksichtigung. Dahin zählen alle Voraussetzungen formeller Art; ebenso wird kein Grund vorliegen, auf die Präclusion selbstständiger Vertheidigung näher einzugehen. Das uns vorzüglich Interessirende ist die Antwort auf die Klagsubstanz. Hier sind zwei Wege möglich.

1. Man könnte in dem Schweigen des Beklagten ein Läugnen der jenseitigen Behauptungen sehen. Dieser Standpunkt ginge von der Rolle des Angreifers aus; er kennt keine Pflicht zur Unterstützung des Gegners, das Schweigen des Beklagten ist ihm einzig die Erklärung, daß man nichts vorzubringen habe und das Princip contradictorischer Verhandlung führt dazu hin, jetzt die Prüfung des klägerischen Materials allein vorzunehmen. Diese Auffassung steht in einem gewissen innern Zusammenhange mit der materillen Beweistheorie, der Richter ist hinsichtlich der Bildung seiner Ueberzeugung auf die allgemeingültigen Gründe angewiesen; er wird rationeller Weise in dem Ausbleiben des Beklagten noch nicht die Anerkennung des erhobenen Anspruchs finden, sondern dem Kläger wird es zufallen, den Beweis seines Klaggrundes zu liefern.

2. Oder man sieht in der Säumniß des Beklagten ein Geständniß. Diese Auffassung geht von dem Gedanken aus, daß die Vertheidigung des Beklagten ein Recht sei auch hinsichtlich der Antwort auf die Klagsubstanz und sie steht insofern im Zusammenhange mit einer formellen Beweistheorie, als durch diese allein der Charakter eines Rechts jener Anwort beigelegt

werden kann. Hier liegt mithin im Schweigen ein Verzicht vor, der alle, nicht blos die selbständige, Vertheidigung dem Beklagten benimmt.

Das altdeutsche Recht hat bekanntlich den letzteren, das fremde Recht den ersteren Gesichtspunkt. Bei der Reception hat das fremde Recht ziemlich durchstehend die Oberhand gewonnen, was sich eben daraus erklärt, daß die Consequenz seiner andern Sätze auf die Fiction negativer Einlassung hinführte. Wo, wie im sächsischen Rechte, das altdeutsche Recht nur schrittweise kämpfend zurückwich, da hat sich auch eine Vermengung vollzogen, welche neben materieller Beweistheorie die Consequenzen der formellen aufstellte. Das gleiche Resultat ist nun in neuerer Zeit vielfach für wünschenswerth erklärt worden; man will, was im sächsischen Recht das Ende eines mächtigen Ringens weniger der Gründe als der Neigung war, jetzt mit Bewußtsein dem System materieller Beweistheorie und contradictorischer Verhandlung einverleiben. Wir selbst sind der Meinung, daß diese poena confessi ein Schritt zum Bessern ist; nicht um der innern Consequenz willen, wie man hie und da will, sondern einzig aus proceßpolitischen Gründen, um ein Verfahren zu schaffen, welches, die Interessen beider Theile nicht verletzend, möglichst rasch zum Ende geht.

Hierüber scheinen denn auch kaum Meinungsverschiedenheiten obzuwalten. Nun fragt sich aber, wie sollen wir zu dieser poena confessi hinankommen, durch welche processuale Mittel sie herbeiführen?

Der gemeine Proceß unterscheidet bekanntlich seine dilatorische und peremtorische Ladung; ziemlich überall, wo erhebliche Fragen auftauchen, läßt er den Parteien die Freiheit, die an sie ergangene Aufforderung einige Male nicht zu beachten, bis endlich die Geduld des Richters erschöpft zu sein scheint und er mit peremtorischer Ladung den Parteien den Ernst der Sache vor Augen hält. Freilich steht ihm zu, edicto uno pro omnibus peremtorio gleich anfangs zu laden, aber selten geschieht es und wenn hin und wieder der Richter selbst bei der dritten, regelmäßig peremtori-

schen Ladung es vergaß, ausdrücklich die Nachtheile in der Sache selbst auszusprechen, so geht die Sache noch einmal ihren Weg, bis endlich schwarz auf weiß jenes Präjudiz die Partei zum Erscheinen zwingt. Nunmehr kann sie ihr Zögern grundlos nicht mehr fortsetzen; eine andere Frage ist, ob nicht trotzdem die Nichtbeachtung ihr nachträglich verziehen und durch Restitution ihr die Nachtheile der Säumniß wiederum abgenommen werden.

Dieses System hat die heftigsten Angriffe erfahren und gewiß mit Recht, da es einer unerträglich schleppenden Praxis die Thür öffnete. Daß der Richter auch hier wesentlich zur Kürzung beitragen konnte, wenn er nur von allen ihm zustehenden Rechten Gebrauch machen wollte, darauf Werth zu legen fand man mit Recht keinen Anlaß; es ist unverkennbar ein Mangel der Gesetzgebung, wenn sie die Thätigkeit des Richters zur Beseitigung ihrer Schattenseiten provocirt. Wir sind auch um so weniger bereit, für diese Institute des gemeinen Rechts aufzutreten, als sie bekanntlich wesentlich fremden Ursprungs sind.

Heut zu Tage erklärt man sich einstimmig gegen dilatorische Ladung und gegen richterliche Fristen. Der Nachtheil soll gesetzlich festgestellt sein und möglichst rasch durch bloße richterliche Erklärung zur äußerlichen Existenz gefördert werden. In gleicher Weise ist man eingenommen gegen die ausgebreitete Restitution, welche namentlich bei verstattetem Instanzenzug zu endloser Verschleppung führt. Allein statt hier zu beschränken durch Abschneiden jener mattherzigen Praxis, welche bei jeder unscheinbarsten Ursache schon die Contumaz wieder aufhebt; statt dort an das altdeutsche Recht mit seinen gesetzlichen Fristen sich anzuschließen, — statt dessen, signatura temporis, greift man auch hier wieder zu französischen Institutionen, welche durch die Genfer Gesetzgebung etwas modificirt, schon in der hannoverschen Proceßordnung Aufnahme fanden; man stellt für die Contumaz das System des Einspruches auf. Der § 269 lautet:

„Erscheint der Beklagte in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung nicht, so hat das Gericht

auf Antrag des Klägers die zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen als zugestanden anzunehmen, soweit sie mit dem Inhalte der Schriftsätze übereinstimmen.

Ist das schriftlich mitgetheilte Gesuch durch diese Thatsachen rechtlich begründet, so ist in Gemäßheit desselben zu erkennen. Insoweit dieses nicht der Fall ist, wird die Klage durch Endurtheil zurückgewiesen."

Das Gericht hat also die in der Klagschrift aufgestellten Behauptungen fictionsweise als wahr anzunehmen und deren rechtlichen Werth auszusprechen. Gegen diese Entscheidung kann dann nach § 193 der Beklagte Einspruch erheben und zwar in doppelter Weise: als ordentlichen Einspruch nach § 195, binnen 14 Tagen; als außerordentlichen, nach § 196, innerhalb 2 Wochen vom Wegfall des Hindernisses an gerechnet, mit einer Generalgränze von 2 Jahren von Behändigung der Versäumungsverfügung an. Der ordentliche Einspruch fordert gar keine Gründe oder Entschuldigung, er hindert nach § 199 die Vollstreckung, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil angeordnet ist; der außerordentliche hingegen ist gestattet nur wegen Abwesenheit, schwerer Krankheit oder anderer unabwendbarer Verhinderungen, wohin jedoch die Nachlässigkeit des Proceßbevollmächtigten nicht zu zählen ist; er hindert die Vollstreckung regelmäßig nicht. Diese Bestimmungen schließen sich ziemlich durchgängig denen des Genfer Gesetzes an, welches zuerst den außerordentlichen Einspruch ins Leben rief. Wir wollen zur mehreren Sicherheit die Motive vorführen, welche Bellot für dieses Institut aufgestellt hat.

Er hebt S. 126 die Unzulänglichkeit der dilatorischen Ladung hervor, welche häufig erst nach drei oder gar vier Säumnissen zur Beurtheilung führe, und den übelwollenden Schuldner übermäßig begünstige. Jetzt solle der auf die erste Ladung hin Ausbleibende verurtheilt werden; „parce qu'il y a ici pour le juge, en faveur des conclusions, deux présomptions, l'une tirée de ce que la noncomparution, le silence du défendeur annoncent suffisamment que le droit est contre lui, qu'il n'a rien à répondre,

et l'autre de ce qu'en thèse générale, dans toute action, la probabilité est plus en faveur du demandeur que du défendeur." Seite 129 fährt er dann fort „Les présomptions, suffisantes pour adjuger les conclusions provisoirement en quelque sorte, ne l'étaient plus pour les adjuger définitivement. La condemnation ne devait devenir irrévocable que lorsque de nouvelles formalités, de nouveaux délais, le silence prolongé et persévérant du défaillant, auraient donné à ces présomptions le caractère de la certitude." Gegen das Erkenntniß soll deshalb binnen 2 Wochen „opposition" gestattet sein und der Lauf dieser Wochen durch absence, maladie grave oder autre circonstance de force majeure unterbrochen werden nach Art. 138.

So wenig man nun im Stande sein wird, dieser vom Gesetz etablirten Restitution erhebliche Gründe entgegen zu halten, so wenig können wir den Gründen für die „opposition" selbst eine günstige Seite abgewinnen, obschon dieselben bei der Redaction der hannoverschen Proceßordnung den Ausschlag gegeben haben. (Vgl. Leonhardt, Justizgesetzgebung II, 117.) Gewiß ist die weitschweifige Verhandlung über Zulässigkeit der Wiedereinsetzung gegen Fristversäumniß ein Uebelstand des Verfahrens, allein die Sätze der hannoverschen wie der Genfer Proceßordnung zeigen, daß man deshalb die Wiedereinsetzung selbst nicht für verwerflich hält. Dieselben engen Gränzen, in welche sie diese Gesetze unter dem Namen des außerordentlichen Einspruches zurückdrängen, dieselben Gränzen ließen sich offenbar auch der Wiedereinsetzung anfügen. Die eigentliche Kernfrage liegt überhaupt nicht in dieser als außerordentlicher Einspruch verkleideten Wiedereinsetzung, sondern sie ist in dem ordentlichen Einspruch zu suchen.

Die Logik, mit welcher dieses Institut für die hannoversche Proceßordnung gerechtfertigt wird, ist folgende. Wenn die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung zu ausgedehnten Streitigkeiten zwischen den Parteien Anlaß gebe, „so ist es besser, innerhalb bestimmter, kurzer Frist der Ungehorsamsverfügung gleichsam

nur eine provisorische Wirksamkeit beizulegen.“ Das erscheint uns unverständlich; aber prüfen wir auch ohne diese Schlußfolgerung die Gründe, welche für und wider sind.

Man führt an, daß der ordentliche Einspruch eine billige Nachsicht gegen den Beklagten enthalte; nicht jede Versäumniß entspringe aus bösem Willen, sondern häufig sei Nachlässigkeit und Unbesonnenheit der Grund und es sei dann zu hart, ihn gleich mit der poena confessi zu treffen. Gewähre man ihm hier Schonung, so werde er gutwillig den Ernst der Sache einsehen u. s. w. u. s. w.

Diese Erwägungen aber scheinen uns keinen erheblichen Werth beanspruchen zu dürfen. Man vergißt offenbar, daß das Gesetz, indem es durch solche Zeitvergünstigung erst den Ernst der Sache dem fahrlässigen Theile vor Augen führt, dadurch zugleich erklärt, daß es bislang mit der Sache nicht eigentlich Ernst gewesen; man vergißt, daß die Würde des Gerichts eine Einbuße erleidet, sobald ein bestimmter Befehl desselben ohne andern Nachtheil als die Kosten außer Acht gelassen werden darf. Es ist ein alter Satz, daß man keine Befehle geben soll, wenn man nicht ihre Durchführung will. — Ueberdies fehlt nun aber jede Garantie dafür, daß diese Nachsichtsfrist nun auch wirklich denjenigen Interessen genüge, deren Pflege man sie gewährt. Weshalb soll die Partei nach 14 Tagen besser im Stande sein, jenen Termin abzuwarten, als gleich anfangs? und mit welchem Rechte wird man zum zweiten Male strenge gegen sie, wenn man das erste Mal nachsichtig war und sie so zu sagen verleitete zu der Meinung, daß mit Recht und Gericht zu spielen sei, bis dahin, wo diese selbst ausdrücklich erklärten, daß sie des Spieles müde? Sobald das Gesetz zwei solche Zeiten für dieselbe Handlung hintereinander herschickt, kann der wirkliche Sinn nur der sein, daß die erste nicht genügt, dann aber ist es die gewiesene Abhülfe, die beiden Zeiten zusammen zu werfen und gleich die erste Frist so zu bestimmen, daß sie den regelmäßigen Verhältnissen entspricht. Sobald man das thut, liegt keinerlei Grund vor, von ihrer Beachtung abzuweichen.

Von einer causa restitutionis sehen wir ab; alle Nachsicht ohne Grund aber ist nichts als Schwäche.

Wir können nun auch in keiner Weise finden, daß eine zu große Härte dadurch herbeigeführt werde. Gründe finden Berücksichtigung, grundlose Säumniß verdient keine Schonung; wir kommen in Sachsen mit einer scharfen poena confessi ohne alle Klagen durch. Ja selbst die Interessen, welche nicht den Werth eines Restitutionsgrundes haben, schützt eine billige Vertagung des angesetzten Termins; das aber ist der Vorwurf gerade, diese Vertagung will man durch den Einspruch überflüssig machen. Das ist schon zuzugeben; es fragt sich nur, ob man nicht schlimmeres dafür giebt und das ist unserer Meinung nach hier der Fall. Wir ziehen eine Vertagung weitaus einem Institut vor, welches dem Beklagten gestattet, die Sitzung des Gerichts zu besuchen und willkürlich wieder zu verlassen, ohne daß ihn andrer Nachtheil als die Kosten träfe.

Dazu kommt hinzu, daß man diesen Einspruch nur mit einer relativen Consequenz durchgeführt hat. Nicht in allen Fällen soll jene milde Berücksichtigung stattfinden, wo die Vornahme einer Handlung befristet ist, sondern nur wo es sich um Versäumungserkenntnisse handelt. Die Willkür der Sätze selbst tritt dadurch klar zu Tage. Es ist gar nicht die Absicht, solche Nachsicht zu üben überall, wo sie von diesem Standpunkt aus am Platze wäre, man läßt die Partei den stärksten Präjudizen verfallen, beispielsweise bei Versäumung des decendium appellationis, wenn es sich nur nicht handelt um ein Versäumungserkenntniß. Solche Scheidung ist ganz grundlos und man zeigt durch sie, daß es sich um bloße Scheingründe handelte, als man den Einspruch zu rechtfertigen suchte. Alles was für ihn geltend gemacht ist, gilt mit demselben Werthe für jede andere Zeitbestimmung auch. Will man hier den Einspruch nicht zulassen, so wird man die Restitution annehmen müssen und da man diese hier bei wahrem Namen nennt, so erhält man neben einander Restitution, außerordentlichen und ordentlichen Einspruch. Man zerlegt in verschiedene Institute, was der Ausdruck

Eines und desselben Princips ist. Durch diese Scheidung aber trägt man zugleich eine wesentliche technische Erschwerung in das Gesetz hinein, die um so bedenklicher ist, wo man es auf eine Proceßführung durch die streitenden Theile selbst abgesehen hat; um so sorgfältiger muß man auf Klarheit und Consequenz der einzelnen Sätze achten, zu leicht könnte sonst die ignorantia juris ein Gebiet gewinnen, auf welchem sie die streitenden Theile unwiderbringlich schädigte, Dank der Voreingenommenheit der Gesetzgeber.

Grade dem Versäumungs*urtheil* gegenüber erscheint uns andererseits der Einspruch am wenigsten haltbar. Wir werden dem Contumacialurtheil gewisse Schwierigkeiten niemals absprechen können, sobald es sich einmal um ein Verfahren handelt, welches die poena confessi aufstellt und doch zugleich unter Umständen der Nothwendigkeit verfällt, um der Größe des Stoffes willen die Verhandlung in mehrere Theile zu zerlegen. Um so weniger ist Anlaß, diese Schwierigkeiten noch zu erhöhen dadurch, daß man dem Gericht die mühsame Arbeit auferlegt, ein Contumacialurtheil etwa bei theilweiser Verhandlung und theilweiser Contumaz abzufassen einzig zu dem Zweck, um durch die bloße Erklärung des Beklagten: weiter zu verhandeln, die ganze Arbeit in Asche legen zu lassen. Es sind das praktische Bedenken, welchen durch die begriffliche Stellung von Urtheil und Einspruch eine besonders abschreckende Folie unterbreitet wird. Wie sollen wir es uns erklären, daß abweichend von allen hergebrachten Sätzen hier ein Urtheil gesprochen wird, dessen Existenz schwindet vor der bloßen Erklärung der säumigen Partei: sich nicht unterwerfen zu wollen? Dem deutschen Civilproceß ist ein solches Vorgehen begrifflich völlig fremd und wir glauben, das ist ein günstiges Zeugniß für ihn, denn der Begriff des Urtheils widerstreitet demselben durchaus; nur willkürlich kann man dem Urtheile die Eigenschaften beilegen, welche begrifflich dem richterlichen Befehle zustehen. Hätte man diesen letztern gewählt, hätte man gesagt, das Gericht *befiehlt* solchenfalls die Befriedigung des Gegners, dann hätte man consequent,

ähnlich dem Mandatsverfahren, eine 14tägige Frist dem Einspruch setzen und nach deren Ablauf den Befehl in ein Erkenntniß verwandeln lassen können. Aber hier liefert man jetzt eine contradictio in adjecto zur Welt, ein Urtheil, eine definitive Regulirung, welche doch nur provisorische Existenz hat.

Wenn man diese Sachlage vorurtheilslos betrachtet, wird man uns beistimmen, daß bei allem Klagen über die unzählbaren Restitutionsfragen man geradeswegs doch dazu gekommen ist, an Stelle der früher doch mindestens erforderlichen Gründe jetzt eine grundlose, eine restitutio ex lege zu setzen. Weiter ist der ordentliche Einspruch offenbar gar nichts. Das Contumacialurtheil hängt an der Willkür des Beklagten; ob er von seinem privilegium restitutionis Gebrauch machen will oder nicht, das ist erst abzuwarten und erst dann ist eine definitive Erledigung möglich, wenn der Beklagte seine Wahl getroffen hat. Dasselbe was man der dilatorischen Ladung vorwarf, weshalb man diese völlig zur Seite schob, dasselbe führt man hier zur Hinterthür wiederum herein und noch dazu mit krankhafter Verschleierung durch einen andern Namen; dasselbe dessen Unhaltbarkeit Theorie und Praxis längst zur Genüge dargethan hatten, die gesetzliche Restitution einzelner Klassen, hier wird sie excommunicirt, um — unter anderm Namen für alle Parteien wieder eingeführt zu werden. Unter anderm Namen! Was doch ein andrer Name thut. Welcher deutsche Jurist wäre nicht dem Lächeln verfallen, wenn er vorgeschlagen hätte mit dürren Worten: „Der Restitutionen sind zu viel, die gesetzlichen vollends entbehren jedes Grundes, deshalb wollen wir allen Theilen Eine gesetzliche Restitution geben und überdrein eine zweite aus besonderen Gründen." Aber der code hilft, dieser prächtige code!

Der sächsische Entwurf hat ebenfalls der französirenden Richtung gehuldigt. Während aber der deutsche Entwurf das System des Einspruches an das Versäumungserkenntniß anlehnt, hat der sächsische Entwurf dasselbe wenigstens gleichmäßig bei allen Zeitbestimmungen durchgeführt. Da er nun aber daneben auch noch andere Mittel aufgestellt hat, so ist ein ziemlich com-

plicirter Apparat entstanden. Wir wollen die ineinander greifenden Bestimmungen über Versäumniß hier zusammen stellen, um durch diese Uebersicht dem Leser ein Urtheil zu schaffen. Ohne Zahlen können wir aber nicht auskommen. Also:

1) Gesetzliche Fristen können vom Richter nicht geändert werden; richterliche kann derselbe verlängern oder verkürzen; das Gesetz versteht darunter nicht etwa blos die längere oder kürzere Ansetzung, sondern auch die Erstreckung, ja es scheint sogar nach § 158 „Jede Verlängerung einer Frist ist vom Ablaufe der früheren Frist zu rechnen", als hätte der Gesetzgeber unter „Verlängerung" sich nur „Erstreckung" gedacht, was freilich mit anderen Wendungen wieder nicht zusammenstimmen würde (vgl. § 579). — Die Erstreckung der Frist (oder Vertagung des Termins) ist nach § 155 der ansuchenden Partei zum ersten Male zu bewilligen, sofern „aus erheblichen, den Umständen nach glaubwürdigen Gründen" darum nachgesucht wird. Diese Glaubwürdigkeit wird offenbar ein todter Buchstabe bleiben; die erste Dilation ist factisch schlechtweg gegeben.

> „Eine zweite oder noch weitere Verlegung einer Tagfahrt oder Verlängerung einer Frist darf nur bewilligt werden, wenn die nachsuchende Partei bescheinigt, daß sie ohne ihre Verschuldung behindert sei". § 156.

Es muß aber die Verlegung einer Tagfahrt nach § 159 nachgesucht werden, „vor dem Beginne der Verhandlung", die gerichtliche Entschließung über den Antrag kann auch nach Ablauf der Tagfahrt erfolgen. Die Motive sagen nicht, wie man sich das zu denken habe.

Zwei Erstreckungen sind also jedenfalls gestattet; ob auch mehr noch, das würde wohl zweifelhaft sein; es käme darauf an, wie man die Fassung des § 156 „Eine zweite oder noch weitere" versteht; da nicht gesagt ist, „dritte" oder „eine weitere", so liegt Anlaß genug vor, so lange die Zulässigkeit der Erstreckung zu behaupten, als die Partei im Stande ist, unverschuldete Behinderung nachzuweisen, um so mehr, als sie

nach dem sächsischen Entwurfe mit der Wiedereinsetzung nachträglich doch regelmäßig das Gleiche erreichen könnte. Beide Theile können natürlich gleiche Gerechtsame hinsichtlich der Erstreckung, sei es nun gleichzeitig oder nach einander, in Anspruch nehmen. Die Geschäftsconnivenz der Advocaten hat also im ungünstigsten Falle über zwei Erstreckungen zu verfügen, selbst wenn keine Behinderungsgründe erweislich sind.

Mit Ablauf der Zeit tritt der Nachtheil ein, den entweder das Gesetz oder bei richterlichen Zeitbestimmungen der Richter gedroht hat. Nur in einzelnen, namhaft gemachten Fällen ist durch Versäumungserkenntniß auszusprechen, „daß eine Versäumung Statt gefunden hat“. § 161, 162.

2) Wo ein Versäumungserkenntniß ausgesprochen werden soll, wie also z. B. nach § 570 beim Ausbleiben im Hauptverhandlungstermin, nach § 599 bei Vorlegung einer Sache zur Augenscheinseinnahme, nach § 671 bei Urkundenproduction, nach § 680 beim Termin zur Erklärung auf den Eid, u. s. w. — da ist purgatio morae bis zur Verkündung des Erkenntnisses gestattet, § 539. Nun soll zwar das Erkenntniß sich jedes Mal der Verhandlung selbst dergestalt anschließen, daß es nicht gestattet ist, zwischen dasselbe und die Verhandlung eine andere Streitsache hinein zu schieben, § 215, — es ist auch außer dieser negativen Gränze, welcher die Arbeitslast der Gerichte immerhin schon einen Werth verleiht, noch positiv gesagt im § 221, daß die Verkündung des Erkenntnisses nebst Streitstand und Entscheidungsgründen in derselben Tagfahrt geschehen müsse, in welcher die Sache verhandelt worden ist; aber es ist doch zugleich, „dafern dies unthunlich“, dem Gericht gestattet, die Parteien zu einem, nicht über eine Woche hinauszuschiebenden, gleich jetzt anzusetzenden Publicationstermin zu laden. Auch für diesen Termin gelten die allgemeinen Grundsätze über Vertagung. Bis es zur wirklichen Verkündung des Erkenntnisses kommt, hat die Partei ohne Weiteres das Recht, die versäumte Handlung nachzuholen; es bedarf dazu keiner gerichtlichen Erlaubniß, sondern sie beantragt einfach Ansetzung eines neuen

Termins oder, bei Fristen, sie holt „das von ihr während derselben vorzunehmen Gewesene" jetzt nach. § 539.

3) Des Weiteren hat die Partei den uns bekannten Einspruch. Der sächsische Gesetzgeber ist dem Beispiel Badens gefolgt, er hat den Namen „Wiederherstellung" gewählt und damit eine kaum nöthige Schwierigkeit geschaffen, die „Wiederherstellung" von der „Wiedereinsetzung" zu unterscheiden. Es erscheint uns das um so mißlicher, weil wir umsonst nach einem Merkmale suchen, welches einen inneren Grund jener Scheidung darböte. Beide Institute laufen in einander über.

Diese Wiederherstellung nun ist zuerst an eine Generalgränze von einem Jahr gebunden, welches von der Versäumung an gerechnet wird, ohne Rücksicht auf das etwa nothwendige Versäumungserkenntniß, nach welchem sonst der Fristenlauf sich richtet. Wenigstens scheint uns dieses im Sinne des Gesetzgebers zu liegen, denn in den andern Fällen ist der „Versäumung" ausdrücklich das „Versäumungserkenntniß" gegenüber gestellt, § 541. Wir sind also kaum berechtigt, hier unter „Versäumung" den der purgatio morae überlassenen Zeitraum zwischen Versäumung und Versäumungserkenntniß mitzuverstehen, obschon wir dadurch zu einer doppelten Rechnungsweise für Fälle mit Versäumungserkenntniß gedrängt werden.

Innerhalb dieses Jahres gelten folgende Sätze:

a) Jeder Wiederherstellungsantrag ist an eine zehntägige Frist gebunden, welche von der Versäumung oder dem Versäumungserkenntniß an zu rechnen ist, § 541, 547, insofern nicht davon Ausnahmen gelten (vgl. unter b, $\alpha\beta$ und $\beta\beta$).

b) Der erste Wiederherstellungsantrag § 541 u. folg. kann erhoben werden

α) ohne Angabe von Gründen, wenn

$\alpha\alpha$) ein Versäumungserkenntniß verkündet, oder

$\alpha\beta$) in der schriftlichen Verhandlung mit Schlußtagsfahrt die Einreichung der Replik- oder der Duplikschrift während der dazu bestimmten Frist unterlassen worden ist. In diesem Fall ist auch der

Wiederherstellungsantrag nach § 582 bis zur Tagfahrt für mündliche Schlußverhandlung gestattet.

β) Unter Angabe und Bescheinigung von Behinderungsgründen, wenn

βα) der Widerspruch im Mahnverfahren, oder

ββ) Die Einwendung der Appellation versäumt ist. (Hier ist dem Antrag anstatt der regelmäßigen 10 Tage ein triduum gesteckt. § 725.) Oder endlich wenn

βγ) die Antretung des Gegenbeweises versäumt wurde.

Auf jeden Fall hat der Antrag, wenn er nicht unzulässig ist, suspendirende Wirkung, § 545. Schlägt das Gericht ihn ab, so hat der Antragsteller Beschwerde mit aufschiebender Wirkung. § 550.

c) Der zweite Wiederherstellungsantrag nach § 547 ist stets nur auf Grund unverschuldeter Verhinderung und Bescheinigung der Gründe statthaft. Er ist nur anwendbar bei Terminen, weil versäumte Fristen nicht auf Grund des ersten Antrages neu eröffnet werden, sondern die Partei den betreffenden Schritt mit dem Antrage zugleich vornehmen muß. Für Fälle der Frist wäre also nur durch die purgatio morae zu helfen, die ja bis zum Erlaß des Versäumungserkenntnisses zulässig ist.

Auch dieser zweite Antrag hat aufschiebende Wirkung und gegen einen ihn ablehnenden Beschluß ist Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zulässig. § 550.

4) Gleichzeitig mit dem Wiederherstellungsantrage kann die Partei Berufung einwenden und durch ihren Antrag die Aussetzung der Entschließung über den Wiederherstellungsantrag bis nach der Entscheidung über die Berufung bewirken. § 553. Käme es nachher zur Behandlung des Wiederherstellungsantrages, so wäre dessen suspensive Kraft noch ungeschwächt.

5) Nach Ablauf der zur Vorbringung von Thatsachen, Vertheidigungs- und Beweismitteln bestimmten Zeit kann die Partei gewisse Thatsachen, Vertheidigungs- und Beweismittel unter gewissen Voraussetzungen mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch in derselben Instanz geltend machen.

§ 525. Die Voraussetzungen dieses Rechtsmittels sind nach § 526 u. folg.:

a) Relevanz für die Entscheidung der Streitsache.
b) Erhebung binnen 10 Tagen von erlangter Kenntniß oder Wegfall der Behinderung und vor Verkündigung des Enderkenntnisses.
c) Nach Lage der Sache Bescheinigung der rechtzeitigen Anbringung und thatsächlichen Begründung.

Die einzelnen Fälle sind

§ 526. später entstandene oder bekannt gewordene Thatsachen;
§ 527. später bekannt gewordene Beweismittel oder Ersatz für unverschuldet verlorene. Beim angenommenen oder referirten Eide soll nach § 528 durch diese nova sofort „die Gewissensvertretung" (?) angetreten werden;
§ 529. verspätet eingehende, auswärts abgenommene Zeugenaussagen;
§ 530. gegen Geständniß und Urkundenrecognition bei unverschuldeter Unkenntniß des wahren Sachverhalts, oder wenn der Bevollmächtigte gegen die Anweisung seines Auftraggebers jene Acte vornahm.
§ 531. bei unverschuldetem Irrthum in der Person des Besitzers einer Beweisurkunde.

Hinsichtlich der Beweisfragen treffen also Wiedereinsetzung und Wiederherstellung insofern zusammen, als das etwa nothwendige Versäumungserkenntniß der Partei auch die Wiederherstellung gewährt, und nach § 595 soll über den Hauptbeweis stets durch Versäumungserkenntniß entschieden werden; die poena acceptati in § 680 trifft ebenso mit dem § 528 zusammen; endlich die später entstandenen oder später bekannt gewordenen Thatsachen des § 526 werden in manchen Fällen durch die Wiederherstellung gegen das im Verhandlungstermin gesprochene Versäumungserkenntniß getroffen werden. In solchen Fällen hat die Partei demnach die Wahl, welches Mittel sie ergreifen will, die Wiederherstellung oder die Wiedereinsetzung; sobald sie nicht

über den letzten Einschnitt mit ihrem Vorbringen zurück will, wird ihr die Wiederherstellung genügen. — Die beiden Institute treten aber in eine noch andere Verbindung. Es wird nämlich

6) gegen die Versäumung der Frist für Erhebung der ersten wie der zweiten Wiederherstellung Wiedereinsetzung gewährt, wenn die Behinderung unverschuldet, binnen 10 Tagen nach ihrem Wegfall der Antrag erhoben und die Bescheinigung der Gründe zugleich angetreten ist; § 543 am Ende, § 547. Da nun ferner

7) nach § 532 unter den eben genannten Voraussetzungen auch Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Wiedereinsetzung gegeben wird, so ist unbestreitbar

8) Wiedereinsetzung statthaft gegen die Versäumung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Wiederherstellung.

9) Endlich können rechtskräftig präcludirte Materialien in oberer Instanz nach § 710 beigebracht werden, wenn rücksichtlich derselben nach Verkündigung des Enderkenntnisses erster Instanz ein Wiedereinsetzungsgrund eingetreten ist.

Hier würde sich wohl eine beträchtliche Vereinfachung empfehlen. Der Gesetzgeber scheint auch selbst die praktischen Schwierigkeiten nicht übersehen zu haben, denn wenn er auch in gewissen Fällen o h n e j e d e n G r u n d die Wiederherstellung gesetzlich gestattet, so hat er doch zur Verhütung des Mißbrauches in § 551 dem Gericht die Befugniß gegeben, in solchen Fällen eine Geldstrafe bis zu zwanzig Thalern, oder bei Unvermögen Gefängniß bis zu sechs Tagen zu verhängen, wenn wirklich von jener Befugniß Gebrauch gemacht wird. So nimmt die eine Hand, was die andere gab.

§ 27.

Wir wenden uns nunmehr zu der Stoffbenutzung. Schon früher haben wir hervorgehoben, daß der deutsche Entwurf eine Verbindung der Beweisantretung mit dem Behaupten anordnet. In der Wahl der Beweismittel kennt der Entwurf keine Beengung. § 335 hat die Beschränkung des Zeugenbeweises der Landesgesetzgebung zugewiesen. Die Beweisaufnahme selbst soll dann

nach § 279 u. fg. regelmäßig in der Sitzung des Proceßgerichts erfolgen in Gegenwart der Parteien, welche nicht nothwendig ist, wenn nur die Identität der Zeugen ꝛc. feststeht. Der Termin ist gleich in der Beweisverfügung zu bestimmen. — Aus besonderen Gründen kann jedoch das Proceßgericht entweder durch ein fremdes Gericht oder durch eins seiner eigenen Mitglieder den Beweis aufnehmen lassen. Dieser Richter tritt dann dergestalt an die Stelle des Proceßgerichts, daß ihm, unter Wegfall der Oeffentlichkeit, die ganze Beweisaufnahme und die für dieselbe nöthigen Verfügungen überlassen ist; Einwendungen welche über seine Competenz hinausgehen, hat er zur Cognition des beauftragenden Gerichts zu verweisen, mit der Beweisaufnahme jedoch soweit möglich fortzufahren. Das Proceßgericht hält solchenfalls entweder Tagfahrt zur Verhandlung über diese Einwendungen ab, oder es setzt deren Entscheidung bis zur Verhandlung über die Hauptsache aus. Jedenfalls schließt sich an die Beweisaufnahme ein Schlußverfahren vor dem Proceßgericht, welches im Beweisaufnahmetermin stattfindet, wenn nicht das Gericht aus besonderen Gründen von Amtswegen oder auf Antrag eine andere Sitzung dafür ansetzt. In diesem Schlußverfahren verbreiten sich die Parteien auf Grund der entweder in ihrer Gegenwart gesammelten oder vom fremden Richter eingesandten Beweisgründe über das Ergebniß der Beweisaufnahme und die Beweiseinreden, können auch jetzt noch Beweiseinreden vorbringen, wenn sie dieselben durch sofortige Beweisantretung dem übrigen Material gleichstellen. Endlich ergeht vom Gericht in freier Beweisprüfung, welcher hinsichtlich der Urkunden und des Eides Schranken gezogen sind, auf die wir später zurückkommen, die Entscheidung in der Sache selbst, welche alle spruchreifen Punkte trifft nach Maßgabe der Parteianträge, nur den Kostenersatz legt das Gericht von Amtswegen auf. § 245. Aus besonderen Gründen wird Existenz und Inhalt des Anspruchs auseinander gehalten, regelmäßig umfaßt dieselbe Entscheidung Beides. Die Verkündigung erfolgt sofort nach der mündlichen Verhandlung oder, falls das Gericht eine weitere

Berathung für erforderlich erachtet, in einer sofort anzuberaumenden, regelmäßig nicht über eine Woche hinaus zu setzenden Tagfahrt. Es kann diese Verkündigung sich auf die Entscheidung selbst und den wesentlichen Inhalt der Entscheidungsgründe beschränken, das Urtheil muß jedoch binnen drei Tagen nach der Verkündigung in vollständiger Abfassung dem Gerichtsschreiber übergeben werden. Es enthält dann außer dem Thatbestand die Entscheidungsgründe und die Entscheidung, nimmt jedoch hinsichtlich des Thatbestandes auf die etwa erlassene Beweisverfügung, die Schriftsätze und die Sitzungsprotokolle ohne Weiteres Bezug. § 252 u. fg.

Der sächsische Entwurf kommt hier schon deshalb zu weitläufigerem Verfahren, weil er die Beweisantretung als selbstständiges Stadium beibehält. Das Gericht ordnet nach § 588 für die streitig gebliebenen, erheblichen Thatsachen die Beweisantretung binnen einer Frist an, welche für mehrere Beweise gleichzeitig zu setzen ist. Geht nun die Beweisantretungsschrift ein, so wird zur Verhandlung über sie Tagfahrt angesetzt unter der Verwarnung, daß auch beim Ausbleiben beider Theile über die Aufnahme beschlossen werde; zugleich wird der Beweisgegner zur Einreichung der Gegenbeweisantretung befristet und ihm gegen die Beweisantretung die Eingabe einer Einwendungsschrift vor dem Termin nachgelassen, welche dann unverzüglich dem Beweisführer zugestellt werden soll. Im Termin selbst verhandeln die Parteien und zwar zuerst der Beweisgegner, dann der Beweisführer, das Gericht faßt Beschluß, macht denselben den anwesenden Parteien sofort mündlich, sonst schriftlich bekannt und verschreitet soweit möglich noch in demselben Termine zur Beweisaufnahme.

Sobald man die Beweisinstanz selbständig organisirt, liegt unsres Erachtens nichts näher, als die Form des sog. ersten Verfahrens auf dieses Stadium ohne weiteres zu übertragen, wie z. B. die hannoversche Gesetzgebung das thut; das erleichtert die Handhabung des Gesetzes ganz ungemein, dazu wäre aber freilich ein Verfahren erster Instanz erforderlich, klarer

und schärfer als der sächsische Entwurf es aufstellt. Wozu dieses Hin- und Herschreiben soll, ist schwer einzusehen, die hannoversche Praxis kommt mit ihren Anträgen und Gegenanträgen völlig aus und läßt diesem Stadium die Mündlichkeit, welche bei ausgedehntem Schriftenwechsel zu bloßem Schein herabsinken wird. Wozu insbesondere die Antretung des Gegenbeweises und die Einwendung gegen den Hauptbeweis hier, wo es nach der Terminologie des Entwurfs sich blos um ein und dasselbe Thema handeln darf, in getrennten Schriftsätzen vorgenommen werden soll, bleibt unverständlich; und unverkennbar liegt die Gefahr nahe, daß die Gesetzgebung hier zu einer reinen Schriftlichkeit hinführt und auf die hochwichtige mündliche Verhandlung über die Beweisantretung vollständig verzichtet. Wir halten es für eine gesunde Procedur durchaus nothwendig, daß diese Schriften nichts anderes sind als Vorbereitung des Termins und daß in diesem Termin erst die eigentliche Beweisantretung, wie im Verhandlungstermin erst die eigentliche Aufstellung der Klage u. s. w., erfolgt, daß demgemäß das eigentliche Präjudiz sich auch an den Termin anschließt und nicht an die Anträge. Das Ganze scheint denn auch mehr ein verkehrter Ausdruck als die Absicht des Gesetzgebers zu sein, denn die Motive sagen ausdrücklich, daß Ausstellungen gegen die Beweisantretung hierdurch rasch zur gründlichen Erledigung gebracht werden sollen. „Bedenken und Anstände lassen sich, den anderwärts hierüber gemachten Erfahrungen zufolge, durch die mündliche Verhandlung der Parteien unter zweckmäßiger Vermittelung des Gerichts gewöhnlich leicht heben.“ Damit ist es freilich nicht in Einklang, wenn das Gesetz selbst die mündliche Verhandlung in den Hintergrund schiebt, indem es gestattet, Alles schriftlich abzumachen. Wenn wir nach den Motiven nicht annehmen dürfen, daß eine Schmälerung der Mündlichkeit in der Absicht des Gesetzgebers lag, so ist doch unstreitig das Ergebniß faktisch dasselbe und die Sätze sind mit einem auf Mündlichkeit gebauten Verfahren vollständig incongruent.

Auch in der andern Hinsicht wird sich der Werth der vorgeschlagenen Bestimmung nicht über die Höhe eines frommen Wunsches erheben. Wir meinen die nach § 592 möglichst an demselben Tage vorzunehmende Beweisaufnahme. Vor allen Dingen müssen doch die in der Beweisantretung denominirten Mittel zur Stelle geschafft werden, was in den meisten Fällen für diesen selben Termin nicht möglich sein wird. Der Entwurf ignorirt auch seine Bestimmung selbst, sobald er bei den einzelnen Beweismitteln die Procedur der Aufnahme darlegt; überall soll mit ausdrücklichem Präjudiz zu dem Beweisaufnahmetermin geladen werden. (vgl. § 161 mit § 598, 609, 650, 663, 671, 680.) Diesen Termin gleich bei der Ladung zur Beweisantretungstagfahrt anzusetzen, wird schon deshalb in den meisten Fällen unthunlich sein, weil das Gericht die etwa gegen die Beweismittel erhobenen Bedenken nach § 592 vor der Aufnahme entscheiden soll und es gar nicht möglich ist zu übersehen, wann man mit denselben fertig sein wird. — Es wird daher regelmäßig zu der Beweisaufnahme besonders geladen werden müssen, ja diese Ladung wird sich nicht einmal den Umständen entsprechend gleich im Beweisantretungstermine aussprechen lassen, sondern da die Parteien schwerlich zu diesem Termin, auf welchen das Gesetz selbst keinen Werth legen will, erscheinen werden, so wird auch hier wieder neuer Aufschub durch die Nothwendigkeit der Expedition und Insinuation einer schriftlichen Ladung herbeigeführt, der sofort wegfiele, sobald der Entwurf die Mündlichkeit für die Beweisinstanz in ihr Recht einsetzte.

Die Beweisaufnahme selbst soll denn auch nach dem sächsischen Entwurf regelmäßig in der Sitzung des Proceßgerichts vorgenommen werden, welches in den bekannten Fällen durch Eins seiner Mitglieder sich dergestalt vertreten lassen kann, daß die Entscheidung wichtigerer Fragen trotzdem in seiner Hand bleibt (§ 594). Auch in dieser Instanz aber entsteht wieder ein völlig unnöthiges Schriftstück dadurch, daß die Erklärung auf einen cumulativ angetragenen Eid nach § 681 bis zur Er-

öffnung der Tagfahrt zur Beweisaufnahme zulässig, dem Delaten also nicht gestattet ist, „in der Tagfahrt vor der Verhandlung" sondern nur „bis zur Eröffnung der Tagfahrt" sich zu erklären. Ueberdies vermissen wir einen Satz dahingehend, daß die mehreren zur Hand genommenen Beweise soweit irgend möglich in einer und derselben Tagfahrt aufgenommen werden sollen. Die einzige Bestimmung welche überall dafür verwendbar ist, daß das Gericht nicht etwa wieder abwarten soll, ob die Parteien bei ihm auf Ansetzung einer Tagfahrt zur Beweisaufnahme antragen, sondern daß es von Amtswegen weiter zu gehen hat, — die einzige Bestimmung finden wir in § 592, wo es im Schluß des ersten Absatzes heißt „und trifft wegen der Aufnahme der zulässigen Beweismittel die erforderlichen Anordnungen." Wir würden hier die einfachen Consequenzen der Eventualmaxime, wie das gemeine Recht sie entwickelt, durchweg vorziehen. Wenn wir erwägen, daß die Möglichkeit vorhanden ist, jedes einzelne Beweismittel selbständig zu behandeln, bei jedem wiederum selbständig den ganzen Apparat der Wiederherstellung und Wiedereinsetzung in Scene gehen zu lassen, wie solche Selbständigkeit z. B. bei cumulativer Eidesdelation schon durch den Auseinanderfall der Zeitbestimmungen gegeben ist, — dann wird man von der Kürze der Beweisinstanz nicht eben befriedigt sein und diese Schleppe wird um so fühlbarer werden, als wir bei unserer jetzigen Eidesklage, das heißt also: in den meisten Fällen, jedenfalls rascher zum Ende kommen, als nach diesem gepriesenen neuen Verfahren möglich wird.

Was dann die Beweisausführung anlangt, so ist bei dieser ebenfalls das Streben nach Originalität der consequenten Durchführung der an die Spitze gestellten Grundsätze zuvorgekommen. Man hat nicht diese Aufgabe als eine wesentliche Parteisache anerkannt, sondern sie ist dem Gericht zugewiesen. Das zeigt sich in zweifacher Hinsicht. Einmal darin, daß auch hier wieder die Verhandlung der Parteien im Termin für völlig indifferent erklärt ist. Das Gericht geht nach § 696 auch ohne sie vor,

und selbst wenn der Umfang oder die Verwickelung eines Rechtsstreits die Anordnung eines schriftlichen Verfahrens mit Schlußverhandlung nach § 697 herbeiführt, selbst dann ist das Erscheinen der Parteien ohne Werth. Es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß manche Advocaten sich die Gelegenheit, Schriftsätze einzureichen, möglichst zu Nutze machen, sobald nicht der Termin durch nachträgliche Blosstellung die schneidende Controle ausübt. — Es zeigt jene Auffassung sich zweitens in der Stellung, die der Entwurf dem Gericht selbst für die Beweisausführung gegeben hat. Nach § 695 trägt ein Mitglied des Justizcollegiums „die Lage der Sache" vor und dann wird den Parteien das Wort gegeben. Die Motive geben einen interessanten Aufschluß darüber, wie der Gesetzgeber sich dieses Institut in der Praxis gedacht hat. Es heißt:

> „Durch die Beweisverfügung hat der Proceß, wenigstens vorläufig, eine feste Basis erhalten. Der historische Vortrag der Parteien über das bis dahin Verhandelte und über den Verlauf des Beweis- und Gegenbeweisverfahrens würde eine überflüssige Verweitläufigung der Verhandlung sein, deshalb soll nach § 695 der Beweisausführung durch die Parteien ein den Sachstand in gedrängter Kürze zusammenfassender Vortrag des Richters, bei Kollegialgerichten eines Mitgliedes derselben, vorangehen."

Wenn nicht die Zahl uns hemmte, würden wir die Zweifel nicht fernhalten können, ob diese Motive wirklich auf jenen Paragraphen sich beziehen. Der Gesetzgeber erklärt es für bedenklich, den Parteien die Darlegung des Sachstandes zu überlassen; man sollte also denken, er schneidet deshalb diese „überflüssige Verweitläufigung der Verhandlung" ab. Keineswegs; vielmehr setzt er noch obendrein einen Richter hin, der in erster Linie die Sache allen denen, denen sie ohnehin bekannt ist, vorlegen soll, und von dem es mindestens sehr zweifelhaft ist, ob er die „gedrängte Kürze" der Motive sich zum Muster nimmt; und wenn der geendet hat, beginnen die Parteien, die ohne

ausdrückliche Gesetzesbestimmung, aus bloßer Achtung vor den Motiven, es sich schwerlich nehmen lassen werden, auch ihrerseits die „Lage der Sache“ darzulegen. Dergestalt scheint uns die Bestimmung des Entwurfes ins gerade Gegentheil dessen umzuschlagen, was der Gesetzgeber in seinen Motiven als beabsichtigt aufstellt. Solche Tagfahrt wird nach unserer Ueberzeugung an potenzirter Langeweile keinen Mangel haben und die Frage wird nur die sein, wer sie auf sich nimmt, entweder der vortragende Richter oder die nachtragenden Parteien.

Die Haltlosigkeit dieses Vorschlags liegt besonders hell zu Tage, wenn wir hinzu ziehen, daß auch in Abwesenheit beider Parteien doch ein Mitglied des Gerichts diesen Vortrag über die „Lage der Sache“ halten soll, obgleich es auch dann nicht seine Aufgabe ist, auf die Resultate der Beweise prüfend einzugehen. Nur dem Einzelrichter hat der § 696 diese Nothwendigkeit erlassen, weil hier das Komödienartige sich äußerlich blosgelegt hätte.

Wir werden kaum nöthig haben, dem Mißverständniß entgegenzutreten, als ob der gleiche Tadel den deutschen Entwurf treffe. Auch dieser kennt einen richterlichen Vortrag in der Beweisinstanz, allein derselbe hat nur dann Statt, wenn die Beweisaufnahme nicht in der Sitzung des Proceßgerichts selbst vor sich gegangen ist. Solchenfalls das beauftragte Mitglied Bericht erstatten zu lassen, ist offenbar ein völlig anderes Institut.

Wenn die Sätze des sächsischen Entwurfs über das Beweisverfahren praktisch brauchbar werden sollen, so darf kein Stein auf dem andern bleiben.

§ 28.

Wir wollen nunmehr die einzelnen Beweismittel einer kurzen Prüfung unterwerfen.

Hinsichtlich des Augenscheins giebt uns der deutsche Entwurf zu zu keinen Bemerkungen Anlaß; er hält sich sehr im Allgemeinen und wir glauben auch, daß Praxis und Civilrecht genügenden Anhalt ge-

ben. — Der sächsische Entwurf § 395 u. fg. und § 597 u. fg. ist weitläufiger und hat namentlich die Stellung des dritten Besitzers umfassend zu regeln gesucht. Gegen den Beschluß des Gerichts: daß der Dritte zur Gestattung des Augenscheins pflichtig, giebt der Entwurf § 602 allen Theilen Beschwerde mit aufschiebender Wirkung. Wäre diese Beschwerde erledigt, so könnte immer noch die Frage auftauchen, ob der Besitzer auch zur Mitwirkung pflichtig wäre. Man sollte denken, diese Frage sei durch die ausgesprochene Verpflichtung zur Gestattung indirect entschieden; der Entwurf scheint das auch selbst anzunehmen, denn § 603 heißt es:

> „Wer verpflichtet ist, die richterliche Wahrnehmung an einem in seiner Inhabung befindlichen Gegenstande zu gestatten, muß auch diejenigen Veranstaltungen dulden, welche zum Zwecke derselben nöthig sind, und wenn sie ohne seine Mitwirkung nicht möglich, diese eintreten lassen".

Trotzdem fährt der Gesetzgeber dann fort:

> „Ueber die Verweigerung der Mitwirkung faßt das Gericht Beschluß, gegen welchen den Betheiligten Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zusteht".

Ohne irgend eine Einschränkung ruft also die Weigerung neuen Beschluß des Gerichts hervor. Das wäre nun am Ende kein so erheblicher praktischer Nachtheil, da ein solcher richterlicher Beschluß sich regelmäßig kurzer Hand wird abgeben lassen; aber das ist keineswegs die Absicht des Gesetzgebers. Wir müssen unterscheiden: 1) Nimmt das Proceßgericht selbst den Augenschein ein, so kann es diesen Beschluß sofort an Ort und Stelle abgeben; es fragt sich dann, ob nicht irgend einer der Betheiligten es in seinem Interesse findet, Beschwerde mit Suspensiveffect einzuwenden und dadurch die Sache einstweilen zu sistiren, obgleich er vielleicht gar kein anderes Interesse als das der Verschleppung oder der Kostenerhöhung hat. — 2) Läßt aber das Proceßgericht sich durch ein Mitglied vertreten, was bei unbedeutenderem Augenschein wohl Regel werden dürfte, so darf dieses Mitglied gar nicht sofort entscheiden. Der § 594 schreibt vor:

„Ergeben sich hierbei Streitpunkte, über welche mittelst Erkenntnisses oder mittelst eines Beschlusses, wider welchen Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zusteht, (unser Fall) zu entscheiden ist, so sind sie vor das Kollegialgericht zur Verhandlung im abgekürzten Verfahren zu verweisen“.

Die Frage wird also, sobald sie streitig wird, an das Justizkolleg abgegeben, dieses faßt Beschluß und gegen diesen Beschluß ist dann Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zulässig.

Man sollte denken, der Gesetzgeber erachte diese Punkte für zu wichtig, als daß dem deputirten Mitgliede die Entscheidung über dieselben überlassen werden dürfte. Es solle daher das Kollegium entscheiden, wie es ja auch in den andern Gesetzgebungen die Regel ist. Allein bei näherer Betrachtung ist dem keineswegs so. Es soll das Justizkolleg diese Fragen nämlich im abgekürzten Verfahren verhandeln und da wir nun früher schon sahen, daß solchenfalls das Justizkolleg Eins seiner Mitglieder mit der Erledigung zu beauftragen, sich für diesen Punkt in ein Einzelgericht zu verwandeln hat, so entsteht der seltsame Zirkelschlag, daß das beauftragte Mitglied des Justizkollegiums die betreffenden Fragen an sein Kollegium nur mit dem Erfolge abgiebt, daß das Kollegium wiederum eins seiner Mitglieder mit der Entschließung beauftragt. In praxi wird man also mit einigem Zeitverlust wieder dahin zurückkommen, von wo man ausging und die ganze Einrichtung erweist sich als zwecklos.

Ein anderer Punkt, der zu Bedenken Anlaß giebt, ist der Schädenanspruch, welchen entsprechendenfalls der Besitzer gegen den Beweisführer hat. Der § 604 sagt: „der Antrag auf Sicherstellung und die Klage auf Schadenersatz gehören vor das Gericht des Zusammenhangs“. Für beide Fragen wird also die exclusive Competenz des Proceßgerichts aufgestellt. Der Entwurf hat keineswegs, wie die Motive zu § 82 meinen, diese Exclusivität als Regel aufgestellt; es ist nur die Zuständigkeit im allgemeinen, nicht die ausschließliche Zuständigkeit ausge-

sprochen. Es fragt sich um so mehr, liegt Grund vor, hier von der Regel abzuweichen.

Vor allen Dingen müssen wir dem Entwurf gegenüber behaupten, daß eine Verbindung der Caution und des Schädenanspruchs durch nichts an die Hand gegeben ist. Unverkennbar ist der letztere nicht etwa durch die erstere bedingt und, was hier von entscheidender Wichtigkeit, ihm liegt durchaus nicht, wie der Caution, nothwendig der Charakter eines Incidentpunktes bei. Daraus ergiebt sich schon, wie grundlos der Satz des Entwurfs hinsichtlich der Schädenforderung ist. Es ist gar kein Anlaß vorhanden für die Annahme, daß der verletzte Dritte seinen Anspruch erhebe zu einer Zeit, wo der Hauptproceß überall noch im Gange ist. Vergegenwärtigt man sich nur, daß dieser vielleicht schon beendet ist, so schwindet doch auch der leiseste Schatten eines Grundes, um den dritten Besitzer zur Erhebung seines Schädenanspruchs im Proceßgericht blos deshalb zu zwingen, weil sein Gegner dort früher einmal als Beweisführer thätig war. Sobald man nur ohne Schminke den Satz sich vorstellt, daß man hier den Schädenanspruch bindet an einen völlig äußerlichen Umstand, dann wird man wohl die Unrichtigkeit dieses Satzes uns zugeben. Ein Zusammenhang zwischen dem Proceß und dem Schädenanspruch ist durchaus nicht vorhanden; es ist juristisch vollständig irrelevant, daß die den dritten schädigende Handlung nach anderer Seite hin ein Theil einer Beweisaufnahme war, und es verletzt das Recht des Betroffenen, wenn wir ihn dergestalt zwingen, mit seinem Anspruch im Gericht des Hauptstreits hervorzutreten. Das leuchtet besonders ein, wenn man bedenkt, daß dieses Gericht vielleicht nicht das Ortsgericht, sondern ein anderes, vielleicht entferntes, vielleicht gar oberes Gericht ist, welches in Vertretung oder durch Requisition den Augenschein eingenommen hat, oder wenn wir gar den Fall annehmen, daß der Hauptstreit ein forum privilegiatum sortirt hätte.

Man hätte daher auch den Schädenanspruch, welcher gar nichts Ungewöhnliches hat, in keiner Hinsicht mit der Caution

zusammen bringen dürfen. Diese Caution ist offenbar in allen Fällen ein Incidentpunkt, aber gerade deshalb konnte auch für sie jede besondere Bestimmung völlig entbehrt werden. Die allgemeinen Sätze über Cautionspflicht und über Behandlung von Incidentpunkte hätten vollständig ausgereicht, und man hätte nach unserer Ueberzeugung weitaus besser gethan, eine detaillirte Anwendung der Regel hier gar nicht zu versuchen. Keinenfalls aber war man berechtigt, jene Ausdehnung der Competenz auf den Schädenanspruch aufzustellen. Daß die Motive auf diese stoßende Bestimmung gar nicht eingehen, nur die Cautionsleistung ins Auge fassen, und über das einer Erklärung Bedürftige, die Competenzbestimmung, vollständig schweigen, das ist um so befremdender. Es heißt einfach:

„Der § 604 sorgt dafür, daß das Interesse des Beweisführenden nicht mit dem Schaden eines Anderen gewahrt wird."

§ 29.

Hinsichtlich des Zeugenbeweises ist vor allem hervorzuheben, daß beide Entwürfe die Verdächtigkeit nicht mehr kennen und daß sie beide die richterliche Würdigung des Zeugnisses frei geben. Beide stellen dagegen Unfähigkeits- und Weigerungsgründe auf, bei denen sie im einzelnen auseinander gehen. Es handelt sich vorzüglich um die Gränze zwischen diesen beiden, während man hinsichtlich der Gründe selbst zu übereinstimmenden Sätzen gelangt ist. Der deutsche Entwurf § 320 giebt das Recht der Zeugnißweigerung dem amtlich zur Verschwiegenheit Verpflichteten und den Anwälten, Advokaten, Notaren, Aerzten, Wundärzten, Hebammen (überall auch deren Gehülfen) in Ansehung solcher Thatsachen, welche ihrer Natur nach geheim zu halten und den gedachten Personen bei Ausübung ihres Berufes bekannt geworden sind, sofern nicht jene Beamte durch die vorgesetzte Dienstbehörde zum Zeugniß ermächtigt, diese Personen durch die Betheiligten ihrer Pflicht zur Verschwiegenheit enthoben sind. — Der sächsische Entwurf hingegen, welcher gleich

dem deutschen Unfähigkeit wegen Untauglichkeit zur Wahrnehmung oder Mittheilung und hinsichtlich des Geistlichen anerkennt, schiebt diese Personen unter die Rubrik „Unfähigkeit" und gesellt ihnen überdies noch die bei Gewerbsunternehmen ꝛc. übernommene Verpflichtung zur Geheimhaltung zu. Es fragt sich, welche Auffassung verdient den Vorzug?

Zuvörderst ist es incongruent, daß der sächsische Entwurf, obgleich er diese Personen als „unfähige" bezeichnet, doch von einer „Ablehnung" des Zeugnisses von ihrer Seite (§ 631, 632) spricht, während er die „Ablehnung" zugleich als technischen Ausdruck für das Recht der Weigerung gebraucht. In manchen Fällen wird der unfähige Zeuge wohl in Unkenntniß seiner Qualität vom Gericht geladen werden, allein wenn er dem alsdann entgegen tritt, so enthält sein Protest unverkennbar nur einen Hinweis auf seine gesetzliche Untüchtigkeit, nicht den Gebrauch eines Privilegiums, wie ein solcher in der Erklärung läge, daß er sich aus gesetzlichem Grunde Zeugniß zu geben weigere. Der praktische Unterschied zeigt sich darin, daß ohne positive Vorschrift wir den unfähigen Zeugen nicht für verpflichtet erachten könnten, seine Eigenschaft vor Gericht zu erklären, daß er mithin von einer ihm zugesprochenen Strafe sich durch den Nachweis seiner Unfähigkeit zum Zeugniß würde befreien können. Damit wäre noch immer nicht ausgeschlossen, daß er der Partei gegenüber eine Verpflichtung zum Schadenersatz hätte, wenn und soweit durch sein Ausbleiben der Partei etwa Schäden erwachsen wären. Das liegt auf ganz anderm Gebiet und wir würden Analogien der lex Aquilia für anwendbar halten; aber die bloße Strafe als solche wird unsers Erachtens nicht fällig, denn Verletzung der Zeugnißpflicht ist nicht denkbar, wo eine Zeugnißpflicht vom Gesetz nicht anerkannt wird. — Die Gesetzgebung freilich verfährt gewöhnlich summarischer, sie ladet Alle vorgeschlagenen Zeugen und verpflichtet sie bei Vermeidung des Präjudizes zum Erscheinen, auch wenn sie nichts zu erklären hätten, als daß sie unfähig seien. Das hat auch unstreitig gute Gründe für sich; allein einerseits zeigt sich die Richtigkeit unserer

Auffassung darin, daß Personen, deren Unfähigkeit schon bei der Beweisantretung zu Tage liegt, vom Gericht vernünftiger Weise nicht geladen werden dürfen; andererseits ist es ungegründet, die Erklärung der Unfähigkeit mit der Berufung auf einen Befreiungsgrund in einen und denselben technischen Ausdruck zusammen zu fassen. — Und endlich ist keinenfalls zu billigen, daß der sächsische Entwurf über die Behauptung der Unfähigkeit selbst wieder erst ein besonderes abgekürztes Verfahren mit eignem gerichtlichen Beschluß eintreten läßt, gegen welchen Beschluß denn auch Beschwerde mit aufschiebender Wirkung gestattet wird. § 631.

Man hat im deutschen Entwurf die Stellung jener Kategorien unter die Rubrik der Ablehnungsbefugniß deshalb gewählt, weil es sich um bloße, so zu sagen: interne Verhältnisse zwischen dem zur Verschwiegenheit Verpflichteten und Berechtigten handle und dieses persönliche Verhältniß auch über die Personen nicht hinaus gehen dürfe. Wer im „Trau, schau wem" sich geirrt hat, zu dessen Nachtheil soll das auch ausschlagen, und daher giebt der Entwurf es der freien Entschließung der betreffenden Personen anheim, ob sie auf jene persönliche Stellung sich berufen wollen, oder nicht. — Wir können dem nicht zustimmen; die Wahl ist unseres Erachtens die, entweder ein Recht auf Verschwiegenheit anzuerkennen und zu schützen, oder es für eine Frage des bloßen Anstandes zu erklären, ob jene Personen schweigen wollen oder nicht. Geht man den ersten Weg, so ist das Ergebniß der Satz des sächsischen Entwurfes: der Berechtigte muß einwilligen in den Bruch der Verschwiegenheit, eine Vernehmung als Zeuge ist ohne seine Erlaubniß rechtlich unmöglich. — Wählt man die letztere Alternative und erklärt die Frage dieser Verschwiegenheit für eine Anstandsfrage, so wäre das Ende davon, daß man dem Advocaten, Arzte u. s. w. völlig freie Hand ließe auch unanständig zu sein; er könnte sich zum Zeugniß selbst anbieten, er könnte auch sogar ohne Weiteres den Angeber namentlich dem Betheiligten gegenüber machen. Nur die Frage wäre noch mög-

lich, ob die Gesetzgebung ihn zwingen dürfte, den Anstand zu verletzen; wir würden nach bekannten Sätzen zu den Bestimmungen des deutschen Entwurfs gelangen: Zwang wäre nur da zulässig, wo durch die Erlaubniß vom Betheiligten die Anstandspflicht getilgt würde.

Unstreitig haben also die Sätze des deutschen Entwurfs innere Consequenz für sich; auch wir sind der Ansicht, daß es ein eigentliches Recht auf Verschwiegenheit nicht in allen jenen Verhältnissen giebt. Allein trotzdem halten wir dafür, daß es praktischer ist, hier die Consequenz zu verlassen und die Aussage nicht in die Willkür jener Personen zu legen, sondern sie durchaus, und nicht blos nach Wahl der Personen selbst, von der Erlaubniß des Betheiligten abhängig zu machen. Das Interesse an Verschwiegenheit ist in jenen Fällen häufig so groß, daß wir es für weit politischer halten, die Discretion thunlichst zu schützen und nicht zur Indiscretion mehr wie dringend nothwendig zu verleiten. Solche Nothwendigkeit liegt hier durchaus nicht vor, nicht einmal die Personenzahl der Zeugen wird durch unsre Ansicht dem Beweisführer erheblich verkümmert, er erhält durch die gegnerischen Vorschläge nur die Möglichkeit, auch solche Personen mitaufzuführen, welche ihre Anstandspflicht der Verschwiegenheit außer Augen lassen.

Wir würden hier also die Vorschläge des sächsischen Entwurfes für die vorzüglicheren halten. Dagegen sind wir zweifelhaft, ob man demselben zustimmen darf, wenn er die Zulässigkeit des Zeugen an dessen Handlungsfähigkeit knüpft. § 398. Dem Gesetzgeber scheint hier eine Verwechslung untergelaufen zu sein, denn nach den Motiven ist es seine Absicht, damit nur die für die Handlungsfähigkeit erforderliche Altersstufe zu bezeichnen. Es heißt hier:

> „Nach demselben (§ 398) sind in der Regel zum Zeugnisse alle besage des § 81 des bürgerlichen Gesetzbuches handlungsfähige Personen zulässig, daher alle Personen, welche das Kindesalter, nach § 47 des bürgerlichen Gesetzbuches das siebente Lebensjahr überschritten haben.“

Unverkennbar handelt es sich also einzig um die sieben Jahre. Wir würden nun auch diese Zeitgränze angesichts freier Beweisprüfung nicht zu billigen vermögen; allein jedenfalls war es gefährlich, sie auf dem gewählten Umwege aufzustellen. Ein Gesetz muß die Eierschale der Motive nicht nöthig haben. Sobald wir aber hier von den Motiven absehen, wird unsere Schlußfolgerung offenbar die sein: wenn nur handlungsfähige Personen fähig zum Zeugniß sind, so sind auch alle beschränkt handlungsfähigen in demselben Maße beschränkt fähig zum Zeugniß. Das hat natürlich das Gesetz nicht sagen wollen.

Das Präjudiz für die Ladung der Zeugen aufzustellen überläßt der deutsche Entwurf der Landesgesetzgebung; er giebt nur, § 316, den allgemeinen Rahmen an, daß der Zeuge durch Geldstrafe, im Fall des Ausbleibens durch deren Verdoppelung und zwangsweise Vorführung angehalten werden solle. Erscheint der Zeuge, verweigert aber grundlos seine Aussage, so soll er nach § 321 in die dadurch verursachten Kosten verurtheilt und durch Geld- oder Gefängnißstrafen zur Erfüllung seiner Verpflichtung angehalten werden.

Dieser Ausdruck könnte dazu verleiten, als ob man sich in der Commission zu der Theorie bekannt hätte, daß der Staat wirklich nach Gutdünken Zwangsmittel aufwenden dürfe behufs Erlangung des Zeugnisses. Man hätte auch entschieden besser gethan, durch einen andern Ausdruck jeden Zweifel von vornherein unmöglich zu machen. Daß der Begriff der Strafe nicht mit dem Anhalten zur Erfüllung einer Pflicht congruent ist, sondern daß es sich für letztern Zweck um Zwangsmittel handelt, darüber wird man nicht streiten können; um so weniger ist die Verbindung der beiden Begriffe „Strafe" zur „Erfüllung der Pflicht" zu billigen. — Im Resultat stimmt freilich wohl auch der deutsche Entwurf mit uns überein, denn der § 322 sagt: bei fortgesetztem Ungehorsam sei gegen den Zeugen der Entschädigungsanspruch der Partei begründet, zu dessen Begründung die vom Zeugen verlangte Aussage bis zum Beweise des Gegentheils für wahr angenommen

werde. Wir dürfen wohl annehmen, daß man sich die Sachlage so gedacht hat, daß nach erfolglos gebliebener Bestrafung nur noch die Schädenforderung bestehe; allein unsicher bleibt diese Argumentation immerhin, und weder aus dem Gesetze selbst, noch aus den Protokollen wüßten wir einer Interpretation entgegen zu treten, welche dem Gericht in Betreff der wiederholten Auflegung jener „Zwangsstrafe" völlig freie Hand ließe neben dem im § 322 anerkannten Entschädigungsanspruch der Partei. Ein correcterer Ausdruck wäre wohl von der zweiten Lesung zu erwarten.

Der sächsische Entwurf schließt diesen Zweifel aus. Nachdem er als Ladungspräjudize in § 610 u. fg. 10 Thaler, für Wiederholung 20 Thaler, für dritten Fall Realcitation aufgestellt hat, setzt er im § 633 fest:

> „Wird die Weigerung unbegründet gefunden, so ist der Zeuge durch Gefängnißzwang bis zu sechs Wochen zu seiner Schuldigkeit anzuhalten."

Hier ist unzweideutig gesagt, daß es sich nicht um eine Strafe, sondern um ein Zwangsmittel handelt, dessen Maximalgränze festgesetzt wird. Materiell schließt sich der Paragraph an Art. 284 der Strafproceßordnung an, aber er vermeidet geschickt die dort gewählte Bezeichnung „Strafe", welche zu der Inconvenienz führt, daß man die Beseitigung der Strafe als besonderen richterlichen Act dort fordern muß, während hier aus dem Begriff des Zwangsmittels alles von selbst zu folgern ist. — Man hätte diese Abweichung vom Strafproceß nur weiter treiben sollen, denn für den Civilproceß liegt zu solcher Härte, wie sie im Strafproceß allenfalls erklärlich ist, kein Anlaß vor; hier ist eine Geldbuße neben dem Gefängniß durchaus nothwendig, wie das auch andere Gesetzgebungen zeigen.

Was dann das Zeugenverhör anbelangt, so geht dasselbe in folgender Weise vor sich. Der deutsche Entwurf gestattet den Parteien, sich eingangsweise über die zu erweisenden Thatsachen durch erläuternde Bemerkungen zu verbreiten, die Zeugen werden zur Wahrheit unter Hinweis auf den Eid ermahnt, dann einzeln vernommen unter Mitwirkung der Parteien, welche Fragen zur

Aufklärung durch den Richter vorlegen dürfen. An die Vernehmung schließt sich die Beeidigung, von welcher das Gericht nur bei eidesunfähigen abstehen muß, bei betheiligten oder verwandten Zeugen abstehen darf. Auch nachher und selbst nach Schluß des ganzen Zeugenverhörs kann jedoch der Zeuge wieder vernommen werden behufs der Berichtigung oder Vervollständigung seiner Aussage, wenn er es begehrt, oder das Gericht von Amtswegen oder auf Antrag es verordnet.

Der sächsische Entwurf bestimmt zunächst, daß das Gericht nach stattgehabter Vernehmung eines oder mehrerer Zeugen die Abhörung weiterer für unnöthig erklären kann und daß ihre Vernehmung alsdann nur auf Kosten der darauf bestehenden Partei gestattet ist, § 608. Wir halten diesen Weg für sehr praktisch, um unnöthigen Kosten vorzubeugen. — Die Zeugen selbst werden einzeln erst summarisch vernommen und daran schließt sich, wenn nöthig, die Befragung über die von dem Beweisführer eingereichten Beweissätze oder die vom Beweisgegner gestellten Fragen, § 621. Die Parteien dürfen nur durch den Richter nachträgliche Erläuterungsfragen stellen, § 625; die beisitzenden Richter hingegen fragen selbst, nachdem sie vom Vorsitzenden das Wort erhalten haben. Die wiederholte Vernehmung desselben Zeugen tritt nach § 627 ein, „wenn er es zur Berichtigung oder Vervollständigung seiner Aussagen verlangt, oder wenn die Aussagen eines später abgehörten Zeugen es nöthig machen.“ Der Gesetzgeber hat hier wohl einen Ausdruck gewählt, der für seinen Gedanken zu eng ist; darauf kann nicht wohl es ankommen, ob der Zeuge selbst die Berichtigung u. s. w. verlangt, oder die Parteien, oder auch das Gericht. Und eben so wenig kann es entscheidend sein, ob die Nothwendigkeit durch Aussagen eines später abgehörten Zeugen herbeigeführt wird; die eines früher abgehörten oder die Collision mit dem Inhalte einer Urkunde u. s. w. muß unverkennbar die gleiche Wirkung haben.

Von ganz entscheidender Bedeutung ist jedoch die Abweichung des sächsischen Entwurfs hinsichtlich des Zeugeneides. Er kennt ebenfalls freilich nur den assertorischen Eid, allein er giebt es

völlig in die Hand des Gerichts, ob es zur Abforderung eines Eides schreiten will oder nicht, und diese Frage kommt denn auch nicht sofort zur Entscheidung im Anschluß an die einzelne Zeugenaussage, sondern der § 630 verlangt den Beschluß des Gerichts, sobald die Abhörung sämmtlicher Zeugen beendigt ist. Wir begrüßen diesen Vorschlag mit großer Freude und würden ihn ungern den Bestimmungen des deutschen Entwurfes weichen sehen. Es liegt in der zahllosen Leistung der Eide etwas so Entsetzliches, die Persönlichkeit so in ihren tiefsten Wurzeln Fassendes, daß wir jeden Schritt zur Minderung der Eide als einen zweifellosen Fortschritt ansehen. Wir persönlich nehmen auch nicht Anstand, den sächsischen Motiven darin beizustimmen, daß ein gründliches, unter Mitwirkung aller Betheiligten vorgenommenes Verhör genügende und theilweise den Eid übertreffende Garantien darbietet; aber wir glauben uns auch nicht darin zu täuschen, wenn wir eine weite Verbreitung unserer Ansicht nicht annehmen.

§ 30.

Indem wir zu den Sachverständigen übergehen, drängt sich uns zuerst der Umstand auf, daß der sächsische Entwurf die Frage ganz außer Ansatz gelassen hat, wohin die Sachverständigen zu stellen sind, die kraft ihrer speciellen Befähigung im Stande sind, Wahrnehmungen über vergangene Thatsachen mitzutheilen. Während der deutsche Entwurf im § 336 solchenfalls direct die Vorschriften über Zeugenbeweis anwendet, hat der sächsische das Gebiet besonders beschaffener Wahrnehmung oder Beurtheilung als das der Sachverständigen anerkannt, alle weiteren Bestimmungen jedoch beziehen sich soweit wir sehen einzig auf jetzt zu machende Beobachtung. Das ist um so befremdender, als dem sächsischen Gesetzgeber nicht wohl unbekannt sein konnte, zu wie zahlreichen Bedenken die sog. sachverständigen Zeugen gerade in der sächsischen Praxis Anlaß gegeben haben.

Beide Entwürfe neigen übrigens hinsichtlich der Sachverständigen zu einer Auffassung, welche dieselben dem Richter in

Gestalt von Gehülfen näher stellt, als uns das durch die Parteiberechtigung und die Verhandlungsmaxime gestattet zu sein scheint. Es zeigt sich das vorzüglich in der Bestellung der Sachverständigen durch das Gericht. Wenn nicht die Parteien über die Wahl der Sachverständigen sich geeinigt haben, so erfolgt dieselbe durch das Gericht, welches drei oder einen Sachverständigen ernennt, falls nicht die Parteien über eine andere, ungleiche Zahl übereinkamen. Den streitenden Theilen steht nur eine Ablehnung zu, welche nach dem deutschen Entwurf je nach den Grundsätzen über Tüchtigkeit zum Zeugen und zum Richter beurtheilt wird, während der sächsische unterschiedslos auf die Richter verweist. § 409. 411. — Es zeigt sich jene Auffassung (die Sachverständigen dem Richter zu nähern) weiter darin, daß nach § 349 des deutschen und § 652 des sächsischen Entwurfs dem Gericht ohne weiteres freisteht, bei mißlungenem Beweise von Amtswegen andere Sachverständige zu bestellen und solchergestalt die Sache ganz von vorn zu beginnen.

Uns geht für diese Vorschläge, welche sich den Sätzen des code kritiklos anschließen, jedes Verständniß ab. Wir gestatten zur Stoffwürdigung, zum Verständniß des vorgebrachten Materials auch ja im gemeinen Recht dem Richter jederzeit die amtliche Zuziehung von Sachverständigen, welche hier die Stellung richterlicher Gehülfen innehaben; allein wir scheiden strenge davon die Beweisung streitiger Parteibehauptungen und niemals ist hier dem Richter zu gestatten, selbstständig vorzugehen, die Sachverständigen selbst zu ernennen und wieder andere zu ernennen, wenn ihm das Gutachten der ersten nicht genügt. Wir vermögen dieses französische Institut nicht in Einklang zu bringen mit der Verhandlungsmaxime, welche die Wahl der Mittel auch des Beweises, so gut wie die des Angriffs und der Vertheidigung überhaupt, einzig und allein in die Hand der Parteien legt. Deren Aufgabe ist es, die Sachverständigen zu ernennen, wie sie auch sonst die Mittel für Haupt- und Gegenbeweis sich wählen und wir beklagen es, daß angesichts der correcten Sätze des gemeinen Rechts und trotzdem daß die hannoversche Proceßordnung diese

zu unverkürztem Ausdruck gebracht hat; trotzdem daß auch der deutsche Entwurf sonst die amtliche Zuziehung von Sachverständigen in § 350 ausdrücklich auf den Fall der Beurtheilung unbestrittener oder festgestellter Thatsachen beschränkt hat und seinem eigenen Satze somit widerspricht, — wir beklagen es, daß trotz alledem die Vorliebe für französische Institutionen auch hier wieder die Majorität erhalten hat. Sollten diese Vorschläge im Widerspruch mit den Resultaten deutscher Rechtsforschung zum Gesetz gestempelt werden, so läge ein ganz unzweifelhafter Rückschritt darin; man könnte alsdann mit dem gleichen Rechte das Gericht autorisiren, auch andere Beweismittel von Amtswegen hineinzuziehen.

Der sächsische Entwurf häuft die Mißlichkeiten aber noch durch die Bestimmungen, welche für diesen Fall § 652 in Vorschlag bringt:

> „Werden von einer Partei innerhalb der Frist erhebliche Ausstellungen gegen ein Gutachten erhoben, oder findet das Gericht, daß dasselbe an Mängeln oder Widersprüchen leidet, so beraumt es zum Zwecke der Erledigung derselben eine Tagfahrt an, oder fordert den Sachverständigen, deren Ladung wegen weiter Entfernung nicht angemessen ist, schriftliche Erklärung ab. Werden dadurch die Mängel oder Widersprüche nicht erledigt und findet das Gericht das Gutachten keines der Sachverständigen gerechfertigt, so kann es die Thatsachen, zu deren Beweise das Gutachten Sachverständiger abgegeben worden war, ohne Weiteres für hinreichend aufgeklärt ansehen, oder zuvörderst einen oder mehrere andere Sachverständige nach Maßgabe des § 117 beiziehen."

Die Motive schweigen über den Paragraphen. So viel wir sehen, ist nach ihm das Gericht befugt zu erklären, die Sachverständigen seien ihm zwar unverständlich und widersprächen sich, aber da eine abermalige Befragung die Sache nicht gebessert (vielleicht gar verschlimmert) habe, so sehe das Gericht die That-

sache ohne Weiteres für hinreichend aufgeklärt an. — Das vereinfacht allerdings den Gang und die Prüfung der Gutachten ganz eminent; allein wir sehen nicht, weshalb der Gesetzgeber es bei dieser Befugniß der Gerichte überall noch zu einem Sachverständigenbeweise kommen läßt; uns scheint, noch einfacher wäre es, wenn das Gericht von vorneherein nach seinem Gutdünken die Thatsachen ohne Weiteres für hinreichend aufgeklärt ansähe. Dem Respect vor dem Gericht möchte es doch etwas Abbruch thun, wenn dasselbe Gericht eben vorher Schritte thut, ihm unverständliche Gutachten thunlichst aufzuklären, um gleich nachher auszusprechen, daß diese Aufklärung ihm auch eigentlich völlig überflüssig sei. — Ebenso bedenklich ist die andere Möglichkeit. Es steht solchenfalls dem Gericht auch frei, andere Sachverständige zu ernennen, allein damit beabsichtigt der Entwurf nicht etwa ein wiederholtes Beweisverfahren unter Mitwirkung der Parteien, sondern es soll die Zuziehung nach § 117 erfolgen. Dieser aber etablirt ein völlig seitab liegendes, geheimes Verfahren, bei welchem es für die Parteien an den einfachsten Controlmaßregeln fehlt. Denn abgesehen davon, daß die Uebertragung der für die gewöhnlichen Sachverständigen vorgeschlagenen Bestimmungen auf die des § 117 schon deshalb nicht statthaft sein kann, weil im § 117 eigenthümliche Voraussetzungen aufgestellt, dadurch unsres Erachtens die anderen, soweit sie nicht durch den Begriff „Sachverständige" gegeben, ausgeschlossen werden; — abgesehen davon braucht den Parteien hinsichtlich dieser amtlich zugezogenen Sachverständigen nicht einmal eine Anzeige gemacht zu werden, ist ihnen vielweniger eine Ablehnung möglich, ja ist ihre Gegenwart bei der Befragung ganz ins Ermessen des Gerichts verstellt. — Das scheinen uns Sätze zu sein, welche mit dem Charakter des Civilprocesses in schnurgradem Widerspruch stehen.

Aus den ausführlichen Bestimmungen des sächsischen Entwurfs heben wir noch einiges hervor; es wird sich daran wieder herausstellen, daß man im Streben: möglichst erschöpfend zu sein, die Schwierigkeiten des treffenden Ausdrucks unterschätzt

und dadurch bisweilen zu Zweifeln Anlaß giebt, die ohne gesetzliche Anregung kaum entstehen würden.

Sachverständig, darüber werden alle einig sein, ist wer die Sache versteht. Wer das ist und woher die Garantie zu entnehmen für seine Fähigkeit, das sind Fragen des einzelnen Falles, denen wissenschaftliche Vorbildung und staatliche Organisation von Sachverständigen für einzelne Fächer den Boden bereitet. Der sächsische Gesetzgeber hat nicht geglaubt, sich dabei beruhigen zu dürfen: er sagt § 407 und 408, daß Sachverständige diejenigen seien, welche die erforderliche Fachbildung besäßen. Wir sind wohl in der deutschen Sprache gewohnt, unter Fachbildung etwas anderes, weit engeres zu verstehen, als es hier für Sachverständigenfähigkeit in Frage kommt. Der Ausdruck des Entwurfs wird aber insofern von bedenklicher Wirkung, als der § 412 in der That die Verpflichtung zur Abgabe an Gutachten auf Fälle der Fachbildung nicht nur, sondern sogar noch enger beschränkt, indem nur derjenige gehalten ist zu begutachten, „wer vermöge seines Amtes dazu verpflichtet ist, oder wer, wenn er von der zuständigen Behörde die Erlaubniß zur Ausübung eines Berufes erhalten hat, aufgefordert wird, ein Gutachten abzugeben, zu welchem seine berufsmäßige Kenntniß oder Erfahrung erforderlich ist.“ Das ist eine Consequenz der Auffassung von höchst zweifelhaftem Werthe. Die amtliche Verpflichtung lassen wir außenvor. In allen andern Fällen ist erforderlich, daß der Betreffende „die Erlaubniß der Behörde zur Ausübung eines Berufes“ erhalten habe; was damit gesagt sein soll, ist nicht zu erkennen. Will der Gesetzgeber etwa einen Professor der Chemie darunter subsumiren, oder soll derselbe der sonst gemeinrechtlich durchstehenden Pflicht: mit seinen Kenntnissen hier zu nützen, in Sachsen sich entziehen dürfen? Und was soll ferner der Zusatz: „zu welchem seine berufsmäßige Kenntniß oder Erfahrung erforderlich ist“? Soll der von der Partei vorgeschlagene Sachverständige sich wirklich darauf berufen dürfen, daß eben so gut ein Zimmermann oder ein Maurer oder ein Häusermakler die erforderlichen Kenntnisse

habe? Wann spitzt sich die Frage dergestalt zu, daß man sie nur einem einzigen Berufszweige zur Begutachtung vorlegen und behaupten könnte, daß gerade dessen Kenntnisse erforderlich sind?

Gehen wir weiter. § 416 sagt:

„Ein Eid zur Erfüllung oder zur Entkräftung eines durch Sachverständige unternommenen Beweises ist unstatthaft.“

Wir sehen dafür keinen Grund. Nehmen wir z. B. den hier erst kürzlich vorgekommenen Fall, daß die Identität der in lite befangenen Pferde bis zu hoher Wahrscheinlichkeit durch thierärztliches Gutachten dargethan ist, weshalb soll hier die Partei nicht den Beweis ergänzen dürfen durch ihren Notheid? Es ist ja durchaus nicht nothwendig, daß der Eid gleich dem Gutachten der Sachverständigen auf besonderer Fähigkeit der Wahrnehmung beruht.

Der § 416 fährt fort:

„Ein Gegenbeweis gegen einen solchen ist nur soweit zulässig, als darin die den Sachverständigen im Beweise zur Begutachtung vorgelegten Thatsachen widerlegt oder andere als die den Sachverständigen im Beweise vorgelegten Thatsachen beigebracht werden.“

Richtiger ist es wohl, den Gegenbeweis z. B. auch in dem Aufstellen von Sachverständigen Seitens des Beweisgegners zu erkennen, welches der Entwurf ja demselben so gut und mit gleichem Erfolg wie dem Beweisführer freiläßt. Demgemäß würde gar keine Veranlassung sein, über den Gegenbeweis bei Sachverständigen besondere Bestimmungen zu treffen.

Hinsichtlich des Verfahrens können wir nicht billigen, daß der sächsische Entwurf auch für die Sachverständigen im § 654 die assertorische Eidesleistung einführen und auch diese ganz dem Ermessen des Gerichts überlassen will. — Wir glauben ferner, daß es unpraktisch ist, gegen den Beschluß des Gerichts über Ablehnung eines Sachverständigen schlechtweg Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zu geben (§ 643); wir

halten die Zulässigkeit dieses suspensiven Rechtsmittels ebenso wenig nöthig bei dem Beschluß: ob die Sachverständigen mit besonderer Instruction zu versehen seien (§ 645); in beiden Fällen wird eine nutzlose Verschleppung die Folge jener allgemeinen Bestimmung sein. — Wir glauben endlich, daß im § 655 wieder einer derjenigen Fälle vorliegt, in welchen der Ausdruck des Gesetzgebers seiner Absicht widerstreitet. Es heißt:

„Wer zur Abgabe eines Gutachtens gesetzlich verpflichtet ist, oder dieselbe freiwillig übernommen hat, wird bei Geldstrafe bis zu fünfzig Thalern, und wenn sie erfolglos bleibt, durch Gefängnißzwang bis zu vier Wochen zu Abgabe des Gutachtens angehalten, sofern nicht das Gericht die Bestellung eines anderen Sachverständigen angemessen findet".

Die Motive meinen, das Gericht werde, um die Sache nicht aufzuhalten, allerdings in der Regel geneigt sein, anstatt des säumigen Sachverständigen einen andern zu bestellen; allein bisweilen sei das unthunlich. „Uebrigens hat der Sachverständige, welcher mit dem Gutachten zurückbleibt, in den meisten Fällen gar nicht die Absicht, sich seiner Schuldigkeit zu entziehen, sondern ist nur nachlässig, kommt aber seiner Verpflichtung nach, sobald er dazu eine ernste Anregung erhält." — Von dieser psychologischen Notiz über den Charakter der Sachverständigen sehen wir ab; aber es scheint uns bedenklich, die Bestrafung des säumigen oder gar offen widerstehenden Sachverständigen dann unmöglich zu machen, wenn das Gericht einen andern Sachverständigen wählt. Umsonst sehen wir uns nach einem stichhaltigen Grunde um für eine so privilegirte Stellung; ein Unterschied zwischen renitenten Sachverständigen und weigernden Zeugen dürfte nicht statuirt werden und auch hier könnte der Gesetzgeber die Handhabung des Gesetzes wesentlich erleichtern, indem er dieselben Rechtssätze für beide zur Anwendung brächte.

§ 31

Hinsichtlich der Urkunden ist zu bemerken, daß der sächsische Entwurf von Urkunden Denkmäler trennt, blos zu dem Zweck, um in § 442 und § 679 sagen zu können, daß von ihnen ebenfalls gelte, was von den Urkunden bestimmt sei. Wir wollen auf die Grundlosigkeit dieser Spaltung etwas näher eingehen.

Die materielle Beweistheorie ruht auf dem Satze: „judici fit probatio“. Diese richterliche Ueberzeugung kann begründet werden entweder durch eigene oder durch fremde Wahrnehmung. Was zunächst die eigene Wahrnehmung anlangt, so tritt dieselbe nicht etwa blos bei der Beweisführung durch richterlichen Augenschein im gewöhnlichen Sinn ein, sondern überall da, wo die betreffende Thatsache unmittelbar der sinnlichen Wahrnehmung des Richters unterbreitet wird. So wird z. B. dem Richter die Echtheit einer öffentlichen Urkunde durch seinen Augenschein erwiesen; so in gleicher Weise sieht der Richter selbst, was der Inhalt einer Urkunde ist und ist dieser daher produktiv oder reproduktiv, so wird durch eigene Wahrnehmung der Richter von der Existenz des Produkts überzeugt.

Das Charakteristische dieser eigenen Wahrnehmung ist, daß der Richter einen Streit über ihre Existenz sowohl, als über ihren Werth für überflüssig erklären muß. Allerdings ist hier wie bei jeder andern sonst irgendwo gemachten Wahrnehmung die M ö g l i c h k e i t eines Irrthums oder gar einer Sinnestäuschung nicht völlig ausgeschlossen, aber sie reducirt sich auf ein solches Minimum, daß die Gesetzgebung auch der scrupulosesten Zeit unsers Wissens nicht so weit gegangen ist, ihr etwa dadurch Werth beizulegen, daß sie der eignen Wahrnehmung des Richters hemmende Gränzen gezogen oder den Parteien gestattet hätte, dem Richter darzuthun, daß er eigentlich das Gegentheil von dem gesehen und gehört habe, was er gesehen und gehört zu haben behaupte. — Je weniger vernünftiger Weise nachträgliche Cautelen anwendbar sind, um so sorgfältiger muß man

die richterliche Wahrnehmung selbst vor Irrthum zu schützen suchen. Das geschieht denn auch, einmal dadurch, daß die Parteien der richterlichen Wahrnehmung beiwohnen, ihr die Objecte unverhüllt darzulegen sich bemühen und dadurch auf die Genesis der richterlichen Wahrnehmung einen controlirenden Einfluß gewinnen; es geschieht das andererseits dadurch, daß man die richterlichen Kräfte nicht anders schätzt, als die jedes andern gesunden Menschen, und daß man folgeweise ihm die eigene Wahrnehmung nur in solchen Fällen überall gestattet, wo diese ohne besondere Sachkenntniß zu machen ist. In allen andern Fällen ist es nothwendig, daß er Behufs des Verständnisses Sachverständige, nöthigenfalls von Amtswegen herbeizieht, um durch deren Hülfe wahrzunehmen. Die Mängel solcher mittelbaren Wahrnehmung sind ebensowenig zu bestreiten als zu umgehen; sie sind auf der einen Seite die theilweise Ursache der Specialgerichte, sie legen auf der andern Seite das Interesse bloß, welches die Parteien an der Wahl und Ueberwachung dieser Sachverständigen haben.

Während nun diese eigne Wahrnehmung des Richters den ganzen Rechtsstreit hindurch thätig ist, hier verwerfend, dort billigend, an anderer Stelle wiederum blos solennisirend, Gegenstände der verschiedensten Art umfassend; währenddeß hat man ihr vorzüglich und eigentlich nur dann Aufmerksamkeit geschenkt, wenn sie im Stadium der Beweisung durch „Antrag auf richterlichen Augenschein" in direkte Bewegung gesetzt wird. Das hat denn dazu geführt, sich über diese specielle Veranlassung nicht hinweg zu arbeiten bis in den Punkt hinein, um welchen es sich eigentlich handelt, bis zu der Einsicht, daß diese Veranlassung nicht das entscheidende Moment sein darf, sondern daß es sich darum handelt, überall im Rechtsstreit zu ermitteln, ob eigene Wahrnehmung des Richters stattfindet oder nicht.

Die zweite Möglichkeit ist die, daß die richterliche Ueberzeugung durch die Mittheilung fremder Wahrnehmung begründet wird. Auf diesem Gebiete haben bekanntlich die früheren Jahrhunderte in ihrer scholastischen Neigung bestimmte Regeln

über Werth für die Ueberzeugung aufgestellt, welche, der biblischen Autorität sich anschließend, in den altgermanischen Beweisformen eine mittelbare Stütze gefunden haben mögen, und deren Kraft zur Blüthezeit die Frage über rechtliche Existenz jeder einzigen Behauptung in zwei völlig selbständige Theile, Existenz und Nichtexistenz, zerlegte, durch welche der Richter einem Automaten gleich von den streitenden Parteien hindurch geschoben wurde. Insoweit solche Regeln existiren, insoweit existirt unstreitig die materielle Beweistheorie nicht, schon jede Bestimmung über Zuläſſigkeit der einzelnen Beweismittel ist ihrem Geiste widersprechend; Sätze aber über den Werth der Gründe leugnen ihre Existenz. — Männer wie Justus Möser fanden bekanntlich gerade in diesen Regeln den sichersten Schutz gegen richterliche Uebergriffe, allein wir glauben, daß diese Erklärung und Rechtfertigung sehr den Stempel des achtzehnten Jahrhunderts trägt. Sie ist weder historisch richtig noch für unsere jetzigen Zustände politisch zutreffend.

Heut zu Tage streift man jene Fesseln ab; man benutzt die fremde Wahrnehmung als Mittel, aber sie erhält nicht gesetzlich ihren Werth, sondern erst durch die richterliche Würdigung. So kommt es überall auf die richterliche Ueberzeugung hinaus, welche bald unmittelbar, bald mittelbar begründet, nicht aber durch gesetzlichen Zwang geschaffen oder ausgeschlossen wird. Wir halten das für einen Fortschritt, so wenig wir verkennen, daß die richterliche Verantwortlichkeit dadurch erschwert und ihres gesetzlich schützenden Kleides dadurch beraubt wird. Vor der Leichtfertigkeit oder dem Mißbrauch schützt zur Genüge die Oeffentlichkeit.

Die fremde Wahrnehmung kann nun sein die unbetheiligter Dritter (Zeugen oder Sachverständige) oder die der Partei selbst. Im letzteren Falle bringt die gleiche Glaubwürdigkeit es mit sich, daß die als Behauptung uns vorgetragene Wahrnehmung der einen Partei nicht werthvoller ist, als die des Gegners. Um ihr einen Vorzug, einen Werth für den unparteiischen Richter zu schaffen, ist daher das Hinzutreten eines besonderen Mo-

ments notwendig. Dieses Moment kann formell oder sachlich sein. Formell ist es, sobald die Partei ihre bereits aufgestellte Behauptung in der feierlichen Form des Eides wiederholt und dadurch die richterliche Ueberzeugung begründet; das ist der Fall beim Notheide; hier wird die Parteiaussage Beweisgrund um ihrer Form willen, der Richter stützt auf diese formelle Wiederholung seine Ueberzeugung, aber das christliche Princip hat dahin geführt, daß er um der Heiligkeit des Eides willen vor der Leistung und vor der Auflegung feststellen muß, daß dieser Eid wirklich diesen Werth für ihn habe. Es handelt sich einzig darum, werthlose, mithin überflüssige Eide zu hindern, die Wahrnehmung der Partei bleibt trotzdem Beweisgrund und für ihre Entkräftung gelten daher ganz die Regeln, welche die Entkräftung auch aller andern Gründe beherrschen.

Sachlich ist jenes die Parteiwahrnehmungen begleitende Moment dann, wenn die Wahrnehmung für die Partei selbst nachtheilig ist. Das ist der Fall des s. g. außergerichtlichen Geständnisses, in ihm theilt die Partei eine Wahrnehmung mit, vielleicht wiederum in die Form einer Behauptung gekleidet, welcher vom Gericht Werth deshalb beigelegt wird, weil sie einen der Partei nachtheiligen Inhalt hat. Nur deshalb hat die Parteibehauptung hier Werth für die richterliche Ueberzeugung; um so mehr leuchtet ein, daß es in jedem einzelnen Fall erst der Untersuchung bedarf, ob denn jener Nachtheil auch wirklich und nicht blos scheinbar sei. Wir erinnern beispielsweise an eine Collusion des Cridars, um Geld aus der Masse für sich auf die Seite zu schaffen. Um so weniger ist es aber auch zulässig, über den Werth des außergerichtlichen Geständnisses feste Bestimmungen zu treffen, wie das der deutsche Entwurf noch thut. Es soll nach § 356 Privaturkunden volle Beweiskraft gegen den Aussteller zukommen, insoweit dieselben Geständnisse enthalten, welche gegenüber dem Beweisführer abgelegt sind. Das ist, soviel wir sehen, nach allen Seiten hin unrichtig. Vorerst ist das Entscheidende sicher nicht im vorliegenden Falle, ob das Geständniß dem „Beweisführer", sondern ob es dem „Berechtigten" gegenüber

abgelegt ist, was im Falle einer Cession oder Succession doch von erheblichem Unterschied wäre. Dann ist aber auch im Uebrigen der Satz nicht zutreffend. Den Urkunden kommt vor allen Dingen gar keine Beweiskraft zu, sie sind bloßes Medium, bloßes Objekt für richterliche Wahrnehmung, und in dieser Hinsicht wird durch sie die Existenz des Geständnisses außer Zweifel gestellt, ihre Echtheit vorausgesetzt. Das liegt auch in den Eingangsworten des betreffenden Absatzes: „Insoweit dieselben Geständnisse enthalten," die Urkunde enthält eben das Geständniß, dessen Existenz zeigt dem Richter seine eigne Wahrnehmung; die Beweiskraft liegt nun aber nicht in der Urkunde, welche bloßes Medium der Fixirung ist, sondern sie liegt in dem Geständniß; das Gesetz hätte deshalb sagen müssen, „das in einer Urkunde enthaltene Geständniß beweist u. s. w." Dann würde man zugleich darauf hingeführt sein, wie wenig gerechtfertigt es ist, die Kraft des Geständnisses mit Einer der verschiedenen Möglichkeiten des Existenznachweises in so ausschließlicher Weise zu verbinden. — Auch die Kraft selbst aber ist vom deutschen Entwurf zu fest eingeschnürt; es führt zu bedenklichen Folgen, wenn wir jedem Geständniß, welches dem Berechtigten gegenüber abgelegt ist, volle Beweiskraft geben; Folgen, welche nicht so sehr dem Gestehenden als vielleicht Dritten gegenüber verletzend sein werden, und denen wir ohne Grund den Hinweis auf die schriftliche Ablegung entgegen halten. —

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß wir ebensowenig dem § 394 des sächsischen Entwurfs zustimmen. Derselbe löst freilich das Geständniß von seiner Fixirung in der Urkunde ab, aber auch er giebt ihm volle Beweiskraft, „wenn kein Zweifel über dessen Ernstlichkeit obwaltet." Nun ist freilich „Ernstlichkeit" ein nicht gerade zweifelloser Begriff, aber wenn man gleich uns darunter versteht, daß der Gestehende dieses Geständniß wirklich hat ablegen wollen, so würde man zu viel zuweit gehenden Resultaten gelangen.

Die Gerichte werden unsrer Ueberzeugung nach am besten das Rechte treffen, wenn man ihnen völlig freie Hand läßt, den Werth des außergerichtlichen Geständnisses zu entscheiden.

Sachliche Erwägungen sind es endlich in gleicher Weise, welche unter Umständen auch vortheilhaften Behauptungen der Partei besondern Werth beilegen. Das wird vorzüglich dann geschehen, wenn die rechtlich nothwendige gleiche Glaubwürdigkeit beider Theile noch nicht bestand zu der Zeit, als die Partei von ihrer Wahrnehmung Mittheilung machte, die frühere Mittheilung auch einen neutralen Charakter oder vielleicht einen ganz andern Zweck hatte, als den, der gegnerischen Behauptung späterhin gegenüberzutreten. Wenn wir solche frühere Mittheilungen welche z. B. durch Rechnungsbücher, Vermögensverzeichnisse, Notiz- und Tagebücher oder auch durch Zeugen festgestellt sind, in späterem Verfahren benutzen und auf die Behauptung dieser Partei um deswillen, weil dieselbe schon früher aufgestellt war, einen größern Werth legen, so verletzen wir damit offenbar die Gleichberechtigung der Parteien durchaus nicht. Wir wägen vielmehr nur beide Theile mit gleichem Gewicht und in die Schale dieser Partei fällt eben jenes Accessorium hinein. Grade hierin zeigt sich aber der Einfluß und Werth der consequent durchgeführten materiellen Beweistheorie; durch sie wird solchem Material, dem Jedermann im persönlichen Leben entscheidenden Werth beilegt, auch der Weg in die Gerichte geöffnet, und Gründe allgemeiner Natur, Jedem verständlich, treten an die Stelle zugespitzter juristischer Regeln, welche nicht selten erheblich dazu beigetragen haben, die Kluft zwischen Recht und Anstand zu erweitern.

Damit wäre die fremde Wahrnehmung erschöpft. Was übrig ist, steht außer aller Verbindung mit der richterlichen Ueberzeugung; es schließt die Entstehung eines richterlichen Zweifels und damit folgeweise die Bildung einer Ueberzeugung aus. Hierher zählt das gerichtliche Geständniß und der Haupteid. Beide sind Ausflüsse der Dispositionsbefugniß über den Proceß mit rechtserzeugender oder rechtsvernichtender Kraft, welche ihre Hebel an dem Thatbestand ansetzt.

Es liegt auf den ersten Blick zu Tage, in welchem Widerstreit wir mit der gewöhnlichen Lehre stehen. Man theilt nicht

danach, ob eigne oder fremde Wahrnehmung dem Richter die Ueberzeugung schafft, sondern man führt Beweismittel auf; gewöhnlich: Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Augenschein, Eid; die Reihenfolge ist hie und da verschieden, seltener kommt auch noch das gerichtliche Geständniß hinzu; zu schweigen von denen, welche Notorietät, Präsumtionen und was immer sonst noch unter diese Kategorie zwängen. — Allein dieser Theilung geht jede relative Consequenz ab; sie hat bei näherer Betrachtung gar kein wirklich durchgeführtes Kriterium, sondern kritiklos schleppt sie an der Erbschaft, welche die Zeit der „probationes" uns hinterlassen hat. Wir werden nicht nöthig haben, das in Betreff der einzelnen Institute und ihrer Bezeichnung des Weiteren auszuführen; ebenso wenig wird man übersehen, daß es sich nicht um eine Abweichung von Rechtsätzen, um Differenzen praktischer Natur handelt, sondern einzig um eine Klärung der Begriffe, bei der es also jedem Einzelnen überlassen ist, wie weit er mitgeht. — Zur Erläuterung greifen wir das Institut heraus, welches uns zu dieser ganzen Frage hinführte, die Urkunden.

Wir lassen, um nicht zu weit seitab zu gerathen, die Urkunden im weitern Sinne außer Betrachtung und halten uns hier blos an die Schrifturkunden. Das Charakteristische für den Begriff ist, daß hier als das Mittel des Ausdrucks die Schrift verwandt ist. Wir müssen aber auch daran festhalten, daß sie nur Eins der Mittel des Ausdrucks ist, also nicht dieser selbst. Die Anwendung grade dieses Mittels bietet nun vor andern den Vorzug, den Ausdruck zu fixiren und diese Eigenschaft ist für die Gesetzgebung hin und wieder der Grund zu dem Satz geworden, daß der Ausdruck mit rechtlicher Wirkung nur in dieser Form geschehen darf. Die Modalität des Ausdrucks wird dadurch zu einem wesentlichen Bestandtheil des Rechtsgeschäfts gemacht; es ist derselbe Gesichtspunkt, der, schroff verfolgt, uns zu dem römischen Literalcontracte hinführt. Das Rechtsgeschäft existirt hier erst durch die Urkunde.

Auch ohne gesetzlichen Zwang kann das Interesse der Be-

theiligten zu schriftlichem Ausdruck führen, durch welchen sie ihren rechtlichen Willen der Gefahr entziehen, welche dem gesprochenen Worte droht. Das Rechtsgeschäft existirt hier in der Urkunde.

Es kann endlich der schriftliche Ausdruck irgend einen Gedanken, Entschluß oder Erfahrung oder was sonst immer enthalten; auch diese Momente existiren in der Urkunde.

Mit der Existenz jeder Urkunde ist die Existenz ihres Inhalts gegeben. Wir müssen das um so mehr betonen, als es gilt, dem Ausdruck: die Urkunde beweise diesen ihren Inhalt von vornherein entgegenzutreten. Man mag sagen, es sei ein bloßer Wortstreit; wir geben das im gewissen Sinn zu; es handelt sich eben darum, wo und wie Gedanken u. s. w. von uns als existent anzunehmen sind. Allein hier ist es unsers Erachtens für die ganze Behandlung der Lehre irreleitend, wenn man die vox vulgivaga „beweisen" hier anwendet. Der Inhalt der Urkunde bedarf keines Beweises, sobald die Urkunde vor uns liegt.

Daher fragt es sich bei Vorlegung der Urkunde: was beweist ihr Inhalt? Stellt man aus Streben nach Kürze die Frage so: was beweist die Urkunde, so zeigt die Erfahrung, daß die Fragstellung fehlleitet.

Wir können nun die beiden ersten obenerwähnten Fälle wohl außenvor lassen; wenn jenes Rechtsgeschäft jetzt dem Richter in der Fixirung durch schriftlichen Ausdruck körperlich vorliegt, so wird die Frage: welchen Erfolg das für die richterliche Ueberzeugung habe, überall nicht auftauchen. Hinsichtlich des dritten Falles aber ist es gewöhnlich, so zu rubriciren: die Urkunde enthält entweder ein glaubwürdiges Zeugniß oder ein Geständniß. Wetzell schließt damit ab; die Glaubwürdigkeit, sagt er, sei bedingt durch die fides publica des Ausstellers, in andern Fällen sei das Zeugniß wegen mangelhafter Vernehmungsform unzulässig; nur bei Kaufleuten und öffentlichen Rechnungsführern habe sich eine Abweichung eingebürgert, welche

aus den römischen Quellen zwar nicht mit Sicherheit zu ersehen, aber doch aus innern Gründen höchst wahrscheinlich sei. — Weiter geht man nun freilich gewöhnlich; es dürfte mit Wetzells Sätzen in der Praxis auch schlechterdings nicht durchzukommen sein; auch geräth Wetzell, soviel wir sehen, mit seinen eigenen Sätzen insofern in Widerspruch, als er von einem documentum quasi publicum noch des heutigen Rechts spricht und in demselben doch nichts anderes wird erblicken wollen als die ebenfalls formlose Aussage von Zeugen, welche nach seiner Lehre doch nur bei fides publica Werth haben soll.

Allen diesen Rubriken, sie mögen sein so eng oder so weit wie sie wollen, ihnen allen liegt der Kardinalfehler unter, daß sie von der Beweiskraft der Urkunden ausgehen. Das nimmt sich um so seltsamer aus, wenn man wie z. B. Bayer voranschickt, eigentlich seien sie kein Beweisgrund, oder wenn man wie Wetzell sagt, sie seien nur die schriftliche Form von Zeugniß und außergerichtlichem Geständniß. Man sollte in der That erwarten, daß bei so klarer Aufstellung des bloß auf formellem Grunde ruhenden Begriffs nun auch die weiteren Fragen mit Consequenz behandelt seien und daß man auch die Sicherung der Existenz als die einzige Kraft, welche dieser Form innewohne, anerkennte. Es wäre interessant dem nachzuspüren, inwieweit diese Auffassungsweise sich historisch etwa aus Abneigung und Widerstand gegen Schrift und schriftliches Verfahren erklären ließe.

Die Praxis ist nach unserer Meinung der Theorie in dieser Hinsicht voraufgeeilt. Sie benutzt Urkunden, ohne sich um die Kategorien der Processualisten zu kümmern, und sie thut wohl daran. In unzähligen Verhältnissen kann es von entscheidendem Werthe sein, aus früherer oder jetziger Zeit Aeußerungen zu haben, welche Licht über die Sachlage verbreiten; und nur eine historische Auffassung im schlechten Sinn kann ihnen den Zutritt wehren wollen. So haben z. B. die Juristenfakultäten von Leipzig und Halle hohen Werth auf die Niederschriften der verstorbenen Eltern hinsichtlich der conferenda gelegt; so

wird überall die Praxis die Contrabücher wesentlich berücksichtigen; so ist, um noch weiter auszugreifen, schlechterdings nichts im Wege, daß nicht durch die Existenz von Briefen aus der entsprechenden Zeit die exceptio alibi sollte dargethan werden.

Wir kommen darauf zurück, die Urkunde ist ein Medium und hat nur die Kraft den Ausdruck zu fixiren. Der Werth des Ausdruckes wird nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen sein; auch hier handelt es sich wieder nur um eigene Wahrnehmung des Richters oder um Mittheilung fremder. Dabei ist unverkennbar die Nothwendigkeit besonderer Rechtssätze über Herbeischaffung der Urkunden und Feststellung der Echtheit vorhanden, so gut wie für die Stellung von Zeugen und Sachverständigen dieselben unentbehrlich sind. Mit diesen Fragen aber der Beschaffung und der Echtheit schneidet es ab, mit andern Worten der Urkundenbeweis im gewöhnlichen Sinn hat es nur mit der Feststellung der Identität zu thun, denn die Edition steht offenbar ganz auf eigenen Füßen. Steht jene Echtheit fest und ist damit die Zulässigkeit der Urkunde gegeben, so handelt es sich nun nicht mehr um die Urkunde, sondern es kommt allein der Inhalt der Urkunde in Betracht, welcher der mannigfaltigsten Art sein kann und durch die Fixirung in der Urkunde gar nicht beeinflußt wird, wenn nicht positive Gesetze das Gegentheil bestimmen.

Diese Auffassung, welcher die Scheidung von formeller und materieller Glaubwürdigkeit der Urkunde und nun gar von veritas und bonitas instrumenti völlig unverständlich ist, — diese Auffassung allein schützt dagegen, die Zulässigkeit der Urkunden durch ihren Inhalt zu beeinflussen; sie allein führt dahin, alle echten Urkunden für zulässig zu erklären, die Frage der Beweiskraft einer Urkunde gar nicht aufzuwerfen, sondern dem Richter jeden Beweisgrund freizulassen, möge er nun auf diese oder jene Art zu seiner Kenntniß gelangen. Sie zeigt zugleich, wie grundlos und nur die technische Handhabung erschwerend es ist, wenn man nun noch wieder theilen will darnach, ob dieses Mittel der Schriftzeichen oder welcher sonst sich

bediene, wie das der sächsische Entwurf thut, indem er von Urkunden und Denkmälern spricht. Die Wissenschaft hat die Unhaltbarkeit dieser Spaltung dargethan und den sächsischen Gesetzgeber hätte schon die Nüchternheit seiner Sätze über Denkmäler vor diesem Mißgriffe bewahren sollen.

Wir wollen, um nicht auf halbem Wege stehen zu bleiben, bei dieser Gelegenheit darlegen, wie nach unserer Ansicht die ganze Lehre des Beweisverfahrens zu behandeln wäre. Man möchte uns sonst vorwerfen, daß wir eigensinnig an einzelnen Punkten nutzlos hängen blieben.

Die Beweisführung soll die richterliche Ueberzeugung hervorbringen. Dazu dient jedes überall nur aufzutreibende Mittel; Werth oder Werthlosigkeit des einen oder des andern läßt sich nicht behaupten; instrumenta sunt res, quibus causa instrui potest. Gründe der Geschäftsbehandlung führen aber zur Scheidung von Menschen und Sachen. Die ersteren können als Zeugen oder Sachverständige oder als die Partei selbst in Thätigkeit treten. Die Sachen hingegen umfassen alle erdenklichen Gegenstände. Ueber die Vorlegung dieser Mittel so wie über die Bloßlegung des in ihnen gebotenen Stoffes sind besondere Rechtssätze erforderlich. Man behandle diese zuerst, und nunmehr wende man sich zu der Prüfung des Werthes, welchen diese verschiedenen Mittel, Menschen oder Sachen, für die richterliche Ueberzeugung darbieten, zur Lehre des Beweisgrundes, der sich dann auf das Ungezwungenste in eigene Wahrnehmung des Richters und in Mittheilung fremder auseinander legt.

Durch diese Gruppirung des Stoffes wird vor allem 1) der Vortheil erlangt, daß die bis zur Karrikatur verzerrte Untersuchung, wo man das Beweis mittel und wo den Beweis grund zu erblicken habe, von vorneherein abgeschnitten ist. Denn es wird klar, daß keineswegs jedem Beweismittel ein Beweisgrund entspricht, daß vielmehr diese beiden Kategorien ganz getrennte Ausgangspunkte und Kriterien haben. — Es wird 2) der Augenschein aus der Reihe der Beweismittel gestrichen. Sobald man die Sache unbefangen betrachtet, wird

man sich sofort gestehen müssen, daß der richterliche Augenschein nirgends im Processe zu entbehren ist, daß er überall und auf Schritt und Tritt stattfindet. Ein Richter, der nicht seine Sinne stets in Thätigkeit hielte, ist ein Nonsens. Daher ist es denn auch völlig indifferent, ob die Parteien ihn ersuchen, Zeugen anzuhören, oder Sachen anzusehen; ja in einigen Fällen läuft die gewöhnliche Trennung von Urkundenbeweis und Beweis durch Augenschein auf die kindliche Unterscheidung hinaus, ob der Richter zur Sache oder die Sache zum Richter kommt. — Es wird endlich 3) durch unsere Auffassung ein sehr gesunder Anschluß an den Gang des Verfahrens selbst erreicht, die Frage der Beschaffung und Zulässigkeit der einzelnen Mittel löst sich naturgemäß von der nach Benutzung und Werthschätzung los, statt daß beide bisher zusammen bei jedem einzelnen Beweismittel behandelt werden und das fadenscheinige Gestell des Verfahrens ihnen hinterdrein läuft.

§ 32.

Nach dieser Abschweifung kehren wir zum Urkunden„beweis" zurück und erproben unsere eben dargelegte Ansicht.

Der deutsche Entwurf § 354, der sächsische § 425, beide legen der öffentlichen Urkunde die Kraft vollen Beweises bei für dasjenige, „was in ihnen angeordnet, verfügt oder bezeugt wird." Das Mißverständniß, welches wir vorhin bloslegten, zeigt sich auch hier. Die Urkunde beweist nicht die Verfügung oder Anordnung, sondern sie enthält dieselbe, sie ist die Verfügung in der Form der Schrift. Und was das Zeugniß anlangt, so ist es die Kraft dieses Zeugnisses, welche beweist, nicht die Urkunde, welche des Zeugnisses äußere Erscheinungsform ist. Die Sache würde also richtig so auszudrücken sein, daß Personen mit publica fides für ihre Geschäfte der Schrift sich bedienen dürfen. Ihr Geschäft existirt alsdann in dieser schriftlichen Form. Man könnte nun sagen, daß diese Existenz eben den Beweis der Existenz liefere; aber, abgesehen von der vollständigen Unnöthigkeit solches Zirkels, man läuft

dadurch Gefahr: in Collision mit der Frage zu gerathen, die immer noch erst aufzuwerfen ist, mit der Frage nämlich nach dem Object jenes öffentlichen Actes, seiner Stellung zu unserer Streitfrage, seiner Beweiskraft für das thema probandum. Indem man von der vollen Beweiskraft der öffentlichen Urkunde spricht, verdunkelt man sich eigenwillig den Unterschied zwischen der Existenz der Urkunde, ihrer Echtheit, um welche es bei dieser angeblich vollen Beweiskraft allein sich handelt, — und: der Relevanz ihres Inhalts. Man wirft die Errichtung zusammen mit dem Inhalt, verleitet dadurch, daß öffentliche Urkunden regelmäßig factisch relevanten Inhalt darbieten. Aber eine tiefere Kritik zeigt, daß das nicht etwa ein Monopol der öffentlichen Urkunden ist, sondern daß die Privaturkunde gerade denselben Erfolg bietet, wenn nur ihre Echtheit feststeht. Darauf, auf die größere Leichtigkeit der Echtheitsermittelung beschränkt sich der ganze Unterschied. Die Beweiskraft beider, der öffentlichen und der Privaturkunde stehen sich vollständig gleich. Man mache getrost die Probe: man vergleiche ein Notariatsinstrument, in welchem die eine Partei sich selbst die Zahlung einer Schuld ohne jede Mitwirkung des Gläubigers beilegt, mit einer Privaturkunde, deren Echtheit recognoscirt ist, man vergleiche diese beiden hinsichtlich ihrer Beweiskraft, und man wird uns beistimmen.

Das Blendwerk, welches die richtige Auffassung bislang hindert, liegt in zwei Momenten. Es liegt erstens darin, daß für einzelne Rechtsgeschäfte, Atteste u. s. w. die Form des documentum publicum als Voraussetzung ihrer Existenz gesetzlich vorgeschrieben ist; es liegt zweitens darin, daß im täglichen Leben aus naheliegenden Gründen selten öffentliche Urkunden zum Vorschein kommen, welche nicht das streitige Verhältniß selbst umfassen. Allein die Möglichkeit ist in keiner Weise beschränkt und so gut wir die ersten Fälle als positive Vorschrift und nur als solche anerkennen müssen, so gut sind wir verpflichtet, uns bei der Feststellung des Begriffes nicht an die gewöhnliche äußerliche Erscheinung allein und einseitig anzuschließen.

Also: „Sobald die Urkunde existirt, existirt damit ihr Inhalt, ihre Existenz kann besondere Ermittelung erheischen, welche bei öffentlichen Urkunden durch die eigene Wahrnehmung des Richters, bei privaten durch die Anerkennung des Ausstellers oder sonstige Mittel erfolgt."

Daher ist es denn auch unseres Erachtens völlig unhaltbar, wenn die Entwürfe (§ 369 und § 419) neben dieser ihrer „vollen Beweiskraft" auch noch eine Präsumtion der Echtheit haben. Das sind nicht zwei selbständige Fragen, sondern es ist die Eine nach der Existenz der öffentlichen Urkunde, und ob diese Existenz rechtlichen Begriffen nach in dem Stück Papier, oder was es sonst sein mag, wirklich vorhanden ist, das lehrt den Richter seine eigene Wahrnehmung. Wenn diese, an die gesetzlichen Merkmale sich anlehnend, zu dem Resultat kommt, daß diese Sache eine „öffentliche Urkunde" sei, so ist das denn auch offenbar keine „Präsumtion", sondern es ist das einfach die Ermittlung des gesetzlichen Thatbestandes durch richterlichen Augenschein, welcher ebensowohl unter den entsprechenden Voraussetzungen dahin führt, daß der Richter die Nichtexistenz einer öffentlichen Urkunde, vielleicht gar eine Fälschung ausspricht. So wenig wie es in dem ersten Fall sich um eine Präsumtion, also um eine Schlußfolgerung von bekannten Thatsachen auf unbekannte handelt, so wenig liegt im letzteren ein Gegenbeweis oder eine Entkräftung der Präsumtion vor, wie die beiden Entwürfe meinen. Die richterliche Beobachtung umfaßt die Urkunde als ein Ganzes, vergleicht ihre Eigenschaften mit den rechtlich aufgestellten Erfordernissen und spricht das Resultat dieser Vergleichung in einem „echt" oder „unecht" aus. Wir wünschen sehr, daß man sich dieser Einsicht nicht verschließe und einem Institut von so zweifelhaftem Werthe, wie es die Präsumtion ist, möglichst engen Raum vergönne.

Es erscheint uns aber zugleich zweifellos, daß man durch die in den Entwürfen aufgestellten Sätze bei ihrer Durcharbeitung nothwendig dahin getrieben wird, anzuerkennen, daß es sich eigentlich blos um den Einen Punkt handelt, daß Personen mit

publica fides privilegirt sind hinsichtlich der Formen und der Kraft ihres Zeugnisses, und daß die Aufgabe des Gerichts regelmäßig sich darauf beschränkt: festzustellen, ob diese Urkunde ein solches Zeugniß enthalte, oder nicht; daß wir aber um Alles nicht übersehen dürfen, daß jenes Zeugniß auch ohne urkundliche Form existiren kann, daß es keinenfalls mit der Urkunde identisch ist, auch dann nicht, wenn ihm gesetzlich die Form der schriftlichen Urkunde aufgezwungen wird.

Die Durchführung dieser Grundsätze liefert uns auch den Maßstab für die Beurtheilung der beglaubigten Abschrift. Dieselbe besteht offenbar aus zwei Urkunden, einmal aus der Abschrift des Originals und dann aus einer öffentlichen Urkunde, welche ein Zeugniß über die Richtigkeit enthält. Dieses öffentliche Zeugniß macht, die Erfordernisse vorausgesetzt, vollen Beweis. Beide Entwürfe stellen denselben Grundsatz auf, sie sagen schlechthin „die Urkunden, welche von Personen mit publica fides 2c. errichtet sind, machen vollen Beweis.“ Um so befremdender ist es, daß beide Entwürfe von der consequenten Durchführung dieses Satzes abstehen. Der deutsche in § 358 spricht nur von der Abschrift einer öffentlichen Urkunde, und in § 359 von der unbeglaubigten Abschrift, welche im öffentlichen Archiv bewahrt ist. Der sächsische ist auf der einen Seite enger, auf der anderen weiter. Enger ist er insofern, als er die beglaubigte Abschrift nicht jeder, sondern nur der inländischen öffentlichen Urkunde mit der gleichen Beweiskraft wie das Original versieht. § 421. Das lehnt sich an die sächsische Praxis an, welche jeder, nicht von der ausstellenden Behörde beglaubigten Abschrift schon einen schwächeren Werth beilegt. Diese Praxis hat der Entwurf zum Theil aufgegeben, aber nicht vollständig. Die Motive geben nichts über den Grund dieser Halbheit an und wir müssen daher um so mehr auf den Widerspruch aufmerksam machen, in welchen man sich verwickelt. Gestattet man einmal der Person mit publica fides die Ausstellung vollbeweisender Zeugnisse, so ist es ganz unerklärlich, weshalb diese Fähigkeit schwinden soll, sobald es sich um ausländische Origi-

nalien handelt. Das bloße Factum der Uebereinstimmung zwischen Original und Abschrift zu bezeugen, ist unstreitig der sächsische Beamte so gut einer auswärtigen, wie einer sächsischen Urkunde gegenüber im Stande. Die beglaubigte Abschrift thut doch weder etwas hinzu noch davon, weshalb also ändert sie hier den Werth?

Man könnte antworten (und das ist in der That der Grund, mit welchem die sächsische Praxis sich schützt), daß die Gefahr: gefälschte Urkunden durch beglaubigte Abschriften zu ersetzen, zur äußersten Vorsicht mahne, daß man deshalb entweder die Beglaubigung von der ausstellenden Behörde fordern oder die Originalurkunde selbst dem Proceßgericht vorlegen lassen müsse, um letzterenfalls durch die Controle der Partei vor Täuschungen sicherer zu gehen. — Was in dieser Argumentation die Prüfung durch das Proceßgericht anlangt, welches nur an dem Original selbst seine Ueberzeugung sich bilden will, so erscheint es uns willkürlich anzunehmen, daß diesem Gericht Mängel aufstoßen werden, welche nicht auch der beglaubigenden Behörde zu Gesicht gekommen wären. Folgte man diesem ängstlichen Princip, so wäre es selbst bedenklich, die Urkunde von der Ausstellungsbehörde als echt anerkennen zu lassen, nachdem vielleicht gar ein Beamtenwechsel oder eine Aenderung des Amtssiegels u. s. w. stattgefunden hat. Weshalb das Proceßgericht besser als ein anderes im Stande sein soll, die Echtheit festzustellen, ist uns unverständlich. — Was aber die Controle durch die Partei anlangt, so wird dieselbe durch die Vorlegung einer beglaubigten Copie nur dann erschwert, wenn wir annehmen, daß die Beglaubigung nicht zutreffend sei. Nehmen wir aber das an, so hört jede Argumentation auf, wir stehen dann eben am Ende der publica fides.

Angesichts dessen könnten wir uns vollständig erklären, wenn die Gesetzgebung sagte, daß sie die Zeugnisse nur derjenigen Personen vollbeweisen lasse, welchen sie selbst die publica fides beigelegt habe; denn bei jedem auswärts abgefaßten Instrument wird offenbar ein Gefühl der Unsicherheit jener publica

fides gegenüber statthaft sein, sobald man bedenkt, wie verschiedenartig die Garantien sind, welche die verschiedenen Staaten für die Amtsthätigkeit derartiger Officialen übernehmen. Wenn also der sächsische Entwurf der nichtsächsischen publica fides mißtraute und folgeweise ausspräche, daß dem Zeugniß einer fremdstaatlichen persona publica nicht schlechtweg derselbe Werth beikomme, wie dem einer sächsischen, so würden wir das begreiflich finden. Allein § 419 und 425 stellen inländische und ausländische Urkunden insofern völlig gleich. Wenn trotzdem der sächsischen Beglaubigung nicht derselbe Werth beigelegt wird bei fremdstaatlicher öffentlicher Urkunde wie bei sächsischer, so kann demnach nicht im verschiedenen Werth des Originals der Grund dafür zu suchen sein, sondern er liegt einzig in der Beglaubigung. Daraus ergiebt sich aber, daß der sächsische Gesetzgeber nicht der Ansicht gewesen sein kann, daß er in den Beglaubigungsattesten öffentliche Urkunden im eigentlichen Sinne vor sich habe, sonst würde er zu dem Satz gekommen sein, daß das hier sub fide publica ausgesprochene Zeugniß über die Richtigkeit der Abschrift vollen Beweis machen müsse. Den selbst proclamirten Satz über die Amtsthätigkeit der Behörden u. s. w. wirklich anzuwenden, scheint man Bedenken getragen zu haben.

Es zeigt sich dieselbe Erscheinung im § 422:

> „Ist eine Behörde oder eine in einem öffentlichen Amte stehende Person durch Gesetz oder durch Anordnung der vorgesetzten Behörde verpflichtet gewesen, wortgetreue Abschriften von Urschriften in besonderen Actenstücken anzusammeln, so haben solche Abschriften die Vermuthung ihrer Uebereinstimmung mit den Urschriften für sich."

Wir haben hier also eine Behörde, zu deren Amtssphäre die Anfertigung von Abschriften gehört, deren Richtigkeit also durch ihre fides publica garantirt wäre. Statt aber diesen Satz ohne Weiteres der gerichtlichen Anwendung zu überlassen, stellt der Gesetzgeber im Widerspruch mit seinem sonst gelehrten vollen Beweis hier eine Präsumtion der Uebereinstimmung auf.

Aus welchen Gründen der Entwurf diese Scheidung vornimmt, darüber bleibt er jede Erklärung schuldig. Wir stehen daher vor jener Beschränkung der fides publica im § 421 wie vor einem Räthsel und können ihr nur den Werth einer positiven Norm beilegen. Dadurch kommt aber der sächsische Entwurf noch in folgenden Widerspruch hinein. Er schweigt nämlich über die auswärts erfolgte Beglaubigung der Abschrift. Da nun zweifellos die Beglaubigung die Amtshandlung einer persona publica ist, da der sächsische Entwurf diese Amtszeugnisse auch ausländischer Behörden für vollbeweisend vor sächsischen Gerichten ausdrücklich anerkennt, so folgt unvermeidlich, daß die auswärts erfolgte Beglaubigung die Uebereinstimmung von Original und Abschrift auch für sächsische Gerichte zweifellos macht, mit anderen Worten, daß die auswärtige Beglaubigung nach allgemeinen Grundsätzen der Abschrift dieselbe Kraft verleiht wie dem Original. Angesichts der singulären Einzelbestimmung über den Werth der durch sächsische persona publica erfolgten Beglaubigung behalten im Uebrigen die Regeln ihre Geltung und so entsteht ein evidenter Widerspruch: die sächsische Beglaubigung ist schwächer als die fremdstaatliche. Das sächsische Gesetz will die fremde fides publica anerkennen, die eigene nicht, es giebt der auswärtigen öffentlichen Urkunde Werth, während es der inländischen denselben verweigert.

Die beglaubigte Abschrift öffentlicher Urkunden wird also vom sächsischen Entwurf enger als vom deutschen erledigt und nach unserer Ansicht in völlig ungenügender Weise. — Hinsichtlich der Abschrift von Privaturkunden sagten wir oben schon, daß der sächsische Entwurf weiter sei als der deutsche. Der letztere übergeht dieselben nämlich ganz, der sächsische trifft folgende Bestimmungen:

§ 429.

„Beglaubigte Abschriften von Handelsbüchern und beglaubigte Auszüge aus denselben haben Beweiskraft wie die Handelsbücher selbst.“

§ 430.

„Es können Aerzte, Wundärzte, Thierärzte und Andere, welche ihre Berufsleistungen in die dazu angelegten Verdienstbücher eintragen, diese Verdienstbücher; Gewerbtreibende, welche zur Haltung von Handelsbüchern nicht verpflichtet sind, die über Lieferungen von Waaren oder Arbeiten gehaltenen Lieferungsbücher als Beweismittel für ihre Berufsleistungen und für ihre Lieferungen gebrauchen. Ob dergleichen Bücher eine Wahrscheinlichkeit begründen, bleibt der richterlichen Beurtheilung überlassen.

Eine, wenngleich beglaubigte Abschrift von dergleichen Büchern ist nicht als Beweismittel zulässig."

Das giebt nun freilich zu noch gewichtigeren Bedenken Anlaß als das Schweigen des deutschen Entwurfs, welches uns auf Ergänzung aus den Prinzipien verweist. — Hier gelten also vor allen Dingen beglaubigte Abschriften von Handelsbüchern so viel als die Bücher selbst. Wer die Abschrift beglaubigte und wer das Buch führte, ob Sachse oder Nichtsachse, das ist hier indifferent. Umsonst versuchen wir das mit den Unterscheidungen in Einklang zu bringen, welche der Entwurf für die Beglaubigung der von öffentlichen Urkunden genommenen Abschriften aufgestellt hat.

Wozu weiter in § 430 den Aerzten, Thierärzten u. s. w. die Erlaubniß ertheilt wird, ihre Bücher vorzulegen, das vermögen wir nicht zu ergründen. Ein doppelter Anlaß könnte dazu vorhanden sein. Entweder könnte man Willens sein, dem Inhalte dieser Bücher einen bestimmten Werth auf die richterliche Ueberzeugung zu gewähren, etwa bei ordentlicher Führung bis zum suppletorium; allein der Entwurf sagt: „ob dergleichen Bücher eine Wahrscheinlichkeit begründen, bleibt der richterlichen Beurtheilung überlassen." — Oder man könnte diese Erlaubniß ertheilen als ein Privilegium gegenüber einem sonst allgemeinen Verbot, Bücher irgend welcher Art vor die Augen des Gerichts

zu bringen; allein solches Verbot ist dem sächsischen Entwurf fremd, er sagt vielmehr in § 417:

> „Als Beweismittel können alle über eine Thatsache Nachricht gebende schriftliche Aufzeichnungen dienen, ohne Unterschied, auf welchem Stoffe sie sich befinden, in welcher Sprache sie verfaßt und mit welchen Zeichen die Worte ausgedrückt sind."

Uns scheint, der Gesetzgeber hätte der festen Ueberzeugung sein dürfen, daß angesichts des § 417 die Gerichte keiner besondern Ermächtigung bedurften, um die Einsicht in die vorgelegten Bücher der Aerzte, Wundärzte ꝛc. für gestattet zu halten.

Unser Hauptbedenken ist nun aber der Schlußsatz des § 430, um des willen der ganze Paragraph zu existiren scheint. Es sollen von solchen Büchern Abschriften, auch wenn sie beglaubigt sind, als Beweismittel nicht zugelassen werden. Dieses Hauptbedenken veranlaßt folgende Unterbedenken:

1) Der Entwurf hat bei den Handelsbüchern in § 429 neben beglaubigten Abschriften auch beglaubigte Auszüge berücksichtigt. Hier, im § 430, ist nur von ersteren die Rede. Sollen letztere zuläßig sein?

2) Hinsichtlich der mehrerwähnten Bücher sind beides, beglaubigte wie unbeglaubigte Abschriften, für unzuläßig erklärt. Dadurch wird die Frage aufgeworfen, wie steht es denn mit der Zuläßigkeit von Abschriften überhaupt? der Entwurf hat über dieselbe gar keine Bestimmung getroffen, es findet sich nur dieser Satz, daß von den genannten Büchern keinerlei Abschriften zuläßig sein sollen. Daraus leiten wir per argumentum a contrario her, daß in allen anderen Fällen der Zuläßigkeit von Abschriften nichts im Wege steht. Denn einmal fallen sie sicher unter die Kategorien des § 417, auch sie sind „schriftliche Aufzeichnungen, welche über eine Thatsache Nachricht geben." Fürs zweite wäre zu jenem Verbot kein Anlaß gewesen, wenn man nicht die allgemeine Erlaubniß durch dasselbe hätte beschränken wollen. Endlich drittens trifft der Entwurf Bestimmungen über den W e r t h, den der Inhalt einzelner Ab-

schriften für die richterliche Ueberzeugung haben soll. Auch hierdurch zeigt er, daß er die Zulässigkeit als stillschweigend anzunehmen, keiner besonderen Erwähnung für nöthig hielt. Jedenfalls muß er diejenigen Abschriften doch für zulässig halten, deren Inhalt er mit besonderer Werthserwähnung bedenkt.

Hätte nun diese Erwähnung einen Umfang, welcher alle Abschriften umfaßte, dann würden wir annehmen, daß der Gesetzgeber, auf seinen § 417 sich verlassend, schlechtweg die Zulässigkeit ausgesprochen hätte. Dem ist jedoch nicht so. Vielmehr hat der Entwurf nur berührt in § 421 die beglaubigte Abschrift von öffentlichen Urkunden, in § 429 die beglaubigte Abschrift von Handelsbüchern, und dann wird in § 434 bestimmt:

> „Unbeglaubigte Abschriften von öffentlichen wie von Privaturkunden sind nach Umständen geeignet, eine Wahrscheinlichkeit zu begründen."

Es fehlt also die beglaubigte Abschrift von Privaturkunden; über ihren Werth ist keine Bestimmung getroffen, was um so auffallender ist, als man die anderen Fälle doch auch größtentheils eigentlich hervorhob um zu sagen, daß an ihnen nichts hervorzuheben sei. Das hätte man der beglaubigten Abschrift von Privaturkunden doch auch gern angedeihen lassen können.

Ein alle Fälle umfassendes Argument können wir also aus der Behandlung des Werthes nicht entnehmen. Aber es ist doch wohl unbedenklich anzunehmen, daß ein Entwurf, der in seinen Motiven selbst sagt, daß er „abweichend von den Grundsätzen der formellen Beweistheorie in sehr umfänglicher Maaße die Mittel zur Feststellung der materiellen Wahrheit" darbiete, — ein Entwurf, welcher sogar über den Beweiswerth der unbeglaubigten Abschriften Sätze aufstellt; es ist wohl anzunehmen, daß ein solcher Entwurf die Zulässigkeit aller Abschriften hat aussprechen wollen.

Wir würden die ganze Frage nicht so eingehender Erörterung unterzogen haben, wenn es uns nicht darum zu thun

gewesen wäre, dem Leser zu zeigen, daß es nicht möglich ist, für jene Schlußbestimmung des § 430 („Eine, wenngleich beglaubigte Abschrift von dergleichen Büchern ist nicht als Beweismittel zulässig") auch nur den Schatten einer Erklärung aus den übrigen Sätzen des Entwurfs zu entnehmen. Die Bestimmung selbst ist aber so entschieden unbillig, wie sie praktisch unausführbar ist. Man darf doch nicht blos den Arzt, Wundarzt u. s. w. selbst im Auge haben, es sind doch auch die Fälle zu berücksichtigen, in welcher nicht dieser, sondern dessen Gegner sich auf jene Documente stützt. Der Entwurf selbst spricht § 436 die Verpflichtung zu ihrer Vorlegung auf gegnerisches Verlangen aus, und, wie durchaus nothwendig ist, geht der Entwurf bei der Urkundenedition vorzüglich von dem Falle aus, daß der Implorant im Besitz einer Abschrift ist. In allen anderen Fällen kann die Partei nun mit solcher Abschrift hervorkommen, aber bei diesen Büchern stößt sie auf jenes kategorische Verbot. — Oder denke man sich, daß zufälliger Weise jene Bücher zu Grunde gegangen wären, oder daß ein Dritter etwa ihr Eigenthümer ist, der sich als Ausländer zur Vorlegung in originali nicht zwingen läßt, wohl aber einen beglaubigten Auszug der Partei überantwortet; kurz, wohin soll es führen, wenn man in allen derartigen Fällen an dem Satz des § 430 scheitert?

Ungern fügen wir uns dem „lex perquam dura est", um so mehr als nicht einmal die Motive uns darauf aufmerksam machen, daß der § 430 eine so eminente Ausnahme von der Regel enthalte. Und so bedenklich es auch ist, einem Entwurfe gegenüber schon mit einer weitgehenden Conjecturalkritik hervorzugehen, so können wir doch uns des Gedankens nicht erwehren, daß der besprochene Satz ein bloßes Versehen enthalte. Wir glauben, man hat die Zulässigkeit gar nicht bestimmen wollen, sondern nur den Werth jener Abschriften; denn ringsum stehen Sätze über Werth, nirgend im ganzen Entwurf ein Satz über Zulässigkeit von Abschriften. Man hatte im § 429 gesagt, daß die beglaubigte Abschrift des Handelsbuches diesem an

Beweiskraft gleichstehe, vielleicht wollte man in § 430 für die Abschriften der qu. Bücher das Gegentheil aussprechen und ließ sich im Streben nach Mannigfaltigkeit des Ausdrucks dazu verleiten, statt des Werthes die Zulässigkeit zu gebrauchen.

Man wird uns darin beipflichten, daß schlechterdings kein Grund vorhanden ist, irgend ein Document, möge es nun Original oder Abschrift sein, der richterlichen Benutzung zu entziehen. Die Consequenz der materiellen Beweistheorie führt zu unbeschränkter Zulassung auch aller Abschriften. Welchen Werth der Richter denselben beilegt, das ist eine Frage, die in jedem einzelnen Fall von der Prüfung der Echtheit wie der Relevanz abhängt und die Beglaubigung kann nur die Wirkung haben, daß die Uebereinstimmung von Abschrift und Original durch das öffentliche Zeugniß festgestellt ist. Die Echtheitsfrage des Originals selbst ist dadurch offenbar noch gar nicht berührt.

Wir verlassen die Urkunden indem wir nur zwei Punkte noch hervorheben.

Beide Entwürfe haben den Diffessionseid aufgegeben. Sie zwingen den Producten nach den gewöhnlichen Regeln zur Erklärung über die Echtheit der Unterschrift; läugnet er dieselbe, so hat der Producent sie zu beweisen, was denn auch durch Eidesantrag erfolgen kann. Das Thema würde sich aber nach dem deutschen Entwurf beschränken auf die Echtheit der Unterschrift. Das jetzige sächsische Recht geht weiter, indem es im Diffessionseid auch abschwören läßt, daß man keinen Auftrag zur Unterschreibung des Namens gegeben habe; ja der sächsische Entwurf bleibt dabei nicht einmal stehen, sondern stellt als Thema des über die Echtheit zugeschobenen Eides auch noch die nicht ertheilte Genehmigung auf, § 658. Wir ziehen die gemeinrechtliche Lehre, wie sie im deutschen Entwurfe Aufnahme findet, weitaus vor. Sie hält sich frei von Einflüssen, welche specifisch polizeilicher Natur sind. Schon die bisherige sächsische Eidesformel stellt unstreitig einen Klaggrund in Abrede, der überall nicht vom Kläger aufgestellt ist, sondern vom Gesetz nachträglich surrogirt wird, um einem vielleicht sonst noch fol-

genden Processe vorzubeugen. Der Kläger selbst hätte dieses Mandatsverhältniß für sich anziehen können, wenn er thatsächliche Gründe für ein solches anzuführen vermochte; es liegt nicht der mindeste Grund vor, die Parteien hier mit gesetzlichem Fallschirm zu umgeben und den Beklagten zu zwingen, außer den vom Kläger aufgestellten Behauptungen auch andere noch eidlich zurückzuweisen. Wohin das verleitet, das zeigt uns nun zur Entwurf. Die sächsische Praxis hat daran wenigstens festgehalten, daß nur der Auftrag jene singuläre Stellung einnehme; jetzt dehnt der Entwurf das auf die Genehmigung aus und schafft damit einen Satz, dessen äußerst gefährliche Consequenzen auf der Hand liegen. Die Genehmigung: den Namen zu schreiben ist ein vollständig unbrauchbarer Rechtsbegriff und wollte man am bisherigen Recht etwas ändern, so mußte es nach der gerade entgegen gesetzten Seite, in beschränkender Richtung geschehen, wozu ganz besondere Veranlassung deshalb vorlag, weil man die bisherige diffessio quoad contenta aufhob und damit den Schutz beseitigte, welcher die ausgedehnte Verpflichtung zur Erklärung über die Unterschrift indirect ihres stärksten Druckes entledigte. Wir dürfen nicht aus den Augen verlieren, daß wer auf Privaturkunden baut, stets auf dem Boden des persönlichen Vertrauens sich bewegt. Täuscht er sich, habeat sibi. Der Schutz, den ihm das Strafrecht giebt, ist weit genug, um uns hier weise Oekonomie anzuempfehlen, wie eine solche sich darin zeigt, daß wir nur die klägerischen Behauptungen zum Gegenstand des Eides machen.

Beide Entwürfe endlich kennen zum Beweis der Echtheit die Schriftenvergleichung, der deutsche aber geht so weit, die Verpflichtung des Producten aufzustellen, zum Behuf der Vergleichung vor Gericht zu schreiben. Es ist das bekanntlich eine alte, viel erörterte Streitfrage. Wir mögen keinen entscheidenden Werth darauf legen, daß eine Verletzung der Parteistellung in solchem Zwange liegt; zwang man bisher den Producten zu schwören oder zu bekennen, so wäre es immerhin noch eine erhebliche Erleichterung, wenn er, von dem Diffessionseide frei,

zum Schreiben vor Gericht angehalten würde. Allein wir sehen den praktischen Nutzen, welchen das Institut gewähren soll, nicht ein. Betrachten wir die einzelnen Möglichkeiten: entweder der Product schreibt seine Unterschrift aufrichtig, wie er sie gewöhnlich schreibt, dann ist er also Willens dem Gegner zu Hülfe zu kommen, und es würde hier eines Zwanges gar nicht bedürfen, der Product würde aus eigenem Antrieb das Gleiche thun; oder der Product verstellt seine Handschrift, dann nützt uns unser ganzer Zwang nichts; denn entweder können wir diese Verstellung aufdecken, wo es unanständig wäre, sie erst herbei zu führen, oder wir fallen der Verstellung zum Opfer. Nutzen können wir also nur in dem Falle erwarten, wo der gute Wille uns ohnehin hilft; um so mehr sollte man sich hüten, diesen guten Willen nicht durch Strafandrohungen zum Widerstand zu reizen.

§ 33.

Die §§ 421 u. folg. des deutschen Entwurfs behandeln die auf die Eidesdelation zu gebende Erklärung. Dieselbe soll (ein „sofort" wäre wohl passend einzuschalten) sub poena recusati abgegeben werden, und falls der Delat Einwendungen gegen Zulässigkeit oder Form des Eides macht, muß er sich doch eventuell erklären. Nur in dem Falle wird diese Erklärung ausgesetzt, wenn die Eideszuschiebung mit der Anbietung eines andern Beweises verbunden, oder wenn Delat „bezüglich der auf Eid gestellten Thatsachen den Gegenbeweis angetreten hat".

Wir sollten vor allen Dingen erwarten, daß man das Postulat eventueller Erklärung auch hier erhoben hätte. Umsonst suchen wir nach einem Grunde für diese Abweichung. Wenn man einmal so weit vorgeht, die Erklärung auf einen Eid zu fordern, dessen Zulässigkeit aus irgend welchen Gründen noch bestritten ist, dann wäre es folgerichtig, auch auf den Eid die eventuelle Erklärung zu verlangen, dessen Zulässigkeit von dem Ergebniß einer noch zu versuchenden Beweisung abhängig ist. Das wäre um so mehr wünschenswerth, weil dadurch der weiteren Procedur wenigstens eine übersehbare Richtung gegeben

und die Rücknahme der Eidesdelation ausgeschlossen wäre, welche der § 424 bis zur erfolgten Erklärung auf den Eid gestattet. Nach den Vorschlägen, wie sie jetzt gemacht werden, kommen wir unsers Erachtens in eine bedenkliche Haltlosigkeit hinein.

Alle Beweismittel sollen, von besondern Gründen abgesehen, im Verhandlungstermin vorgebracht werden, bei Vermeidung der Präclusion für die Instanz. Ist der Eid unter andern vorgebracht, so tritt er von selbst in eventuelle Stellung. Beide Theile versuchen ihr Heil mit gewöhnlicher Beweisung und erst im Falle des Mißlingens derselben kommt es zum Eide, — wenn nicht inzwischen der Beweisführer die Eidesdelation wieder hat fallen lassen, was ihm bis zur Verhandlung über das Beweisergebniß freisteht; denn erst jetzt soll die Erklärung auf den Eid erfolgen und erst diese schließt die Rücknahme aus. Freilich wird der Beweisführer regelmäßig zur Zurücknahme keine Veranlassung haben, denn entweder ist sein Beweis mißlungen, dann wird er an der Eidesdelation festhalten, oder er ist gelungen, dann wird der Eid von selbst hinfällig.

Alsdann ist die allgemeine Fassung des § 422 bedenklich. Es soll die Erklärung ausgesetzt werden, „wenn die Eideszuschiebung mit der Anbietung eines andern Beweises verbunden worden ist." Schwerlich hat man aber für den Fall einer zusammengesetzten Beweisführung diese Bestimmung treffen wollen, sondern nur den Fall im Auge gehabt, daß über dieselbe Behauptung Eid und Beweis zur Hand genommen sei. Den Worten des Entwurfs nach könnte der Delat aber bei zusammengesetzter Beweisführung erst einmal das Schicksal der andern Mittel abwarten; und wenn er dann im Verhanlungstermin über die Wirkung derselben sich verbreitet hätte, könnte er der ihm jetzt angesonnenen Erklärung über den Eid wiederum aus dem Wege gehen dadurch, daß er sich auf die erste Bestimmung des § 422 stützte und die Mittel seines „Gegenbeweises" angäbe, wodurch er ja ebenfalls von der Erklärung auf den Eid sich befreien darf. Freilich müßte er diese Beweismittel im ersten Verhandlungstermin anführen, um sich

ihre Verwendung hier zu sichern, aber hätte er das gethan, so sehen wir kein Mittel, ihn von der Zertrennung der Beweisführung in zwei Theile abzuhalten. Man würde wohl gut thun, hier durch eine kurze Einschaltung zu emendiren.

Weiter scheint uns aber gerade hier die Mißlichkeit sich herauszustellen, welche jene Verbindung der Beweisantretung mit den Behauptungen im Gefolge hat. Da keine der Parteien weiß, von welchem Satz die endliche Entscheidung abhängt, da alle Beweismittel, deren man sich bedienen will, hier vorgebracht werden müssen, da endlich auch die Frage der Beweislast mannigfach, dem Gericht, wie den Parteien, im Verhandlungstermin nicht durchaus klar sein mag, so ist unsers Erachtens durch dieses wirre Zusammentragen von specialisirten Beweissätzen, von allen erdenklichen brauchbaren oder unbrauchbaren Beweismitteln, von Eidesdelationen über vielleicht völlig gleichgültige, für wichtig gehaltene Punkte und endlich von darauf jenseits wiederum ergehenden Erklärungen, — durch alles dieses ist die Gefahr näher gebracht, daß dem Gericht selbst die einzelnen thatsächlichen Behauptungen verdunkelt und so der hauptsächlichste Vorzug des mündlichen Verfahrens geschmälert werde. Man bedenke nur, welche Zeit bei etwas weitschichtiger Beweisführung allein mit dem Protokolliren der verschiedenen Vorschläge und Anerbieten hingehen muß. Nehmen wir nun noch hinzu, daß die Partei, welche Beweismittel entweder verliert oder welche ohne ihr Verschulden im Lauf der letzten zwei Wochen vor dem Termin nicht im Stande gewesen ist, von den (jetzt nachgebrachten) Beweismitteln **Gebrauch zu machen,** (arg. § 297, sub 2) — daß diese Partei noch nachträglich mit andern Beweismitteln hervortreten kann, so will uns bedünken, daß man zu weit klareren Resultaten kommt, wenn man die Selbständigkeit der Beweisantretung beibehält und erst dann von einem Anbieten der Beweise spricht, wenn durch Aufstellung von Beweislast und Beweissatz den Parteien ein Standpunkt gegeben ist.

Mit der vorgeschlagenen Verbindung von Behauptung und

Beweisantretung hängt unmittelbar die Stellung zusammen, welche der Entwurf zur Gewissensvertretung einnimmt. Man hat sich zwar in der Commission von einigen Seiten der Ansicht überlassen, daß man durch das Vermeiden des Namens auch die Controversen des bisherigen Rechts umgehen könne und daß man überdies jetzt nicht nur den Namen, sondern sogar die Existenz des Rechtsinstituts völlig vernichtet habe; allein diese Ansicht dürfte ebenso unrichtig sein, wie die S. 7915 versuchte historische Deduction, welche die Entstehung und Beibehaltung der Gewissensvertretung an den Glaubenseid knüpft. Wir haben an anderer Stelle, in der Abhandlung über die Gewissensvertretung, unsere Ansicht bereits dargelegt, gehen daher jetzt zu einer Prüfung der Vorschläge über.

Wenn beide Theile alle ihre Beweise im Verhandlungstermin antreten sollen, so liegt Eid und Erklärung auf ihn dicht neben der Angabe anderer Mittel. Geschähe die Erklärung auf den Eid auch zeitlich früher, so würde doch der allgemeine Satz Platz greifen, daß der Eid mit andern Mitteln zusammentreffend in eventuelle Stellung trete. Es ergiebt sich ferner aus dieser Sachlage, daß, auch wenn ohne andere Beweisangabe ein Theil den Eid deferirte, doch der Gegner seinerseits alle erdenklichen Beweismittel vorschlagen könnte, denn wer beweispflichtig und was zu beweisen ist, das steht noch nicht fest; wir haben nur den allgemeinen Satz, daß beide Theile alle anzuwendenden Mittel hier anbieten müssen.

Dadurch erlangen wir folgende Resultate:

Es fällt vor allen Dingen die Erklärung fort, daß man sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle. An Stelle dieser Erklärung tritt die Beweisantretung und insoweit ist man zurückgegangen auf den alten deutschen Standpunkt. — Man hat aber ferner dieses Institut mit der Eidesdelation und der in derselben liegenden Offerte in eine durchaus rationelle Verbindung gebracht, indem man dem Deferenten gestattet, seinerseits mit Hauptbeweis jenem angeblichen Gegenbeweis entgegenzutreten. Durch diese Lösung hat man es möglich gemacht, den

Charakter einer Offerte, wie die Eidesdelation ihn hat, nicht zu verletzen und doch dem Delaten im Falle des mißlungenen Beweises der Gewissensvertretung den Regreß zur Erklärung auf den deferirten Eid zu geben. — Indem wir das anerkennen, könnte man die Möglichkeit dieses Ausweges geltend machen wollen gegen die von uns früher entwickelte Auffassung: daß nämlich die rechtliche Natur der Offerte es mit sich bringe, daß der Delat nicht erst Beweis wählen und nach dessen Mißlingen auf die inzwischen vernachlässigte, aber zwangsweise aufrecht gehaltene Offerte zurückgreifen dürfe. Man könnte uns entgegen halten, daß wir durch die innere Consequenz des hier vorgeschlagenen Rechtsinstituts zu der Erklärung gedrängt würden, unsre Auffassung, daß nur die Recusation des Eides in der Gewissensvertretung liege, sei eine irrige. In der That ist aber eine solche Collision nicht vorhanden. Vielmehr erklärt der Vorschlag des Entwurfs, unbeschadet unsrer Auffassung, sich einzig daraus, daß er von einer Verbindung von Behauptung und Beweisantretung ausgeht. Solchenfalls ist augenscheinlich auch dem Deferenten gestattet, von seiner gewählten Delation zurückzugehen, sobald die Gegenpartei durch Antreten entsprechender Beweise ihr Gewissen mit Beweis vertritt. Es liegt keine Erklärung auf den Eid vor, Deferent kann ihn also zurückziehen; Deferent kann aber auch andere Beweise noch anbieten, weil er dazu während der ganzen Verhandlung befugt ist. Er läßt es daher entweder bei der Offerte und macht dieselbe durch sein Eingehen auf die jenseits angebotene Beweisung subsidiär, oder er macht sie durch Rücknahme hinfällig und stützt sich allein auf andere Beweise. Dadurch aber, daß dem Deferenten zur Zeit der ergriffenen Gewissensvertretung die Möglichkeit gegeben ist, umzukehren und auf andere Mittel noch zu recurriren, dadurch verschiebt sich offenbar durchaus der Standpunkt. Man gewinnt durch sein qualificirtes Schweigen eine vertragsartige Anerkennung der gewählten Bestimmungen, wie wir solche bei der processualen Abwickelung der Eidesdelation nach gemeinem Recht für begrifflich unmöglich halten.

Unzweifelhaft ist man demnach von diesem Standpunkt aus im Stande, dem Delaten zu gestatten, daß er Vorschlag gegen Vorschlag setzt, er seinerseits den Beweis bietet, wo der Gegner den Eid bot. Es würde sich fragen, welche dieser beiden Offerten die jenseitige Zustimmung fände, die hier, im Gegensatz zum gemeinen Recht, völlig offen gelassen ist. Die Bedeutung dieser Möglichkeit leuchtet um so mehr hervor, wenn wir bedenken, daß gleichzeitig beide Theile über dieselbe Thatsache sich der Eidesdelation bedienen werden, was in Fällen controverser Beweislast offenbar unumgänglich ist, wenn man die Selbständigkeit der Beweisantretung nun einmal nicht will. Unter diesen Umständen liegt mithin auch gar nichts im Wege, der Partei die Erklärung auf den Eid dergestalt zu gestatten, daß sie dieselbe von dem Mißlingen einer vorherigen Beweisführung abhängig macht. Ihr Gegner hat die Möglichkeit, auch jetzt noch von seiner Offerte zurückzutreten, entweder den Eid ganz zurückzuziehen oder ihn neben anderen Mitteln stehen zu lassen. Thut er keines von beiden, so ist sein Stillschweigen ein unzweideutiges Zustimmen zu dem jenseits gemachten Vorschlag, daß Delat erst Beweis versuchen, dann sich über die Offerte erklären wolle.

Wir anerkennen also durchaus die folgerichtige Structur des Entwurfes, aber Eine Consequenz, glauben wir, hat er doch übersehen. Es ist durchaus nothwendig nach diesem Systeme, daß dem Deferenten angesichts der Gegenofferte auch wirklich jene verschiedenen Möglichkeiten noch offen stehen; sonst wird er benachtheiligt, und der Delat bevorzugt. Diese Möglichkeit involvirt aber, daß Deferent nach jenseitiger Erklärung auf den Eid deshalb noch die Delation zurücknehmen könne, weil drüben nicht pure acceptirt wurde, was er vorschlug. Diesem allgemeinen, aus dem Charakter der Offerte entspringenden Satz kann man sich nicht entziehen. Statt dessen gestattet der Entwurf die Rücknahme der Eidesdelation nur bis zur gegnerischen Erklärung. Jene Beweisantretung, die Gewissensvertretung, enthält nun solche Erklärung nicht; ihr gegenüber wäre

der Deferent also auch nicht gebunden, er könnte wählen, ob er jetzt Beweis allein, oder Eid mit Beweis verbunden wollte. Nun ist zwar Delat befugt, bei solcher Gewissensvertretung die Erklärung auf den Eid auszusetzen bis zur Beweisausführung, wie aber wenn er es nicht thut, sondern statt dessen den Eid entweder referirt oder acceptirt, zugleich aber zur Gewissensvertretung greift? Hier ist der Entwurf zu eng, denn nun gestattet er dem, durch die Erklärung gebundenen Deferenten nur noch die Beibringung anderer Beweismittel, nicht den Rücktritt von dem ganzen Vorschlage. Einzig das Freigeben der Alternative aber läßt dem Deferenten Gerechtigkeit widerfahren.

Geht man nun aber, was wir hoffen, von der Verbindung der Behauptung und Beweisantretuug ab, und macht die letztere selbständig, dann sehen wir, die Unmöglichkeit einer Aenderung derselben vorausgesetzt, noch heute keine andere Möglichkeit als die, die Gewissensvertretung zur Recusation zu machen. Freilich alle Punkte kann man beibehalten, sobald man durch eine in Gegenwart des Gegners zu beschaffende, bis zum Schluß des Termins abänderliche Beweisantretung dazu den Boden vorbereitet.

In allen diesen Punkten wäre man unseres Erachtens zu einer weit klareren Auffassung gelangt, wenn man sich über die wirkliche Natur des Schiedseides ins Reine gesetzt hätte, wozu um so mehr Veranlassung war, als man durch die freie Beweiswürdigung, welche man dem Richter gegenüber anderen Aussagen nunmehr gestattete, gradeswegs auf die Frage hingeführt werden mußte, weshalb bei dem Parteieneide eine solche Freiheit des richterlichen Urtheils nicht möglich sei. Beim Eingang der Bestimmungen nahm man noch dazu einen Anlauf, der bei consequenter Durchführung dahin geführt hätte, unumwunden auszusprechen, daß der Eid kein Beweismittel sei. Der § 415 lautet:

> „Die Eideszuschiebung ist nur in Rechtsstreitigkeiten, welche durch Vergleich erledigt werden können, zulässig.“

Das geht sogar noch über unsere Auffassung hinaus und zieht in vielleicht zu weit gehender Weise die rechtliche Seite hinein in die bloße Beweisfrage. Aber es liegt darin indirect das Zugeständniß, daß dieses nominelle Beweismittel in Wirklichkeit ein Vertrag ist, ein Vertrag über die Wahrheit der Parteibehauptungen, geschlossen unter der Bedingung eines zu leistenden Schwurs. Wir haben an anderer Stelle schon unsere Auffassung des weiteren entwickelt und wir sehen auch jetzt noch keinen Grund, welcher gegen dieselbe spräche, während wir durch sie eine bis in die äußersten Consequenzen zu verfolgende Basis für alle diejenigen Momente gewinnen, denen wir jetzt eine anormale Stellung in der Lehre der Beweismittel erzwingen. Es läßt sich wohl kaum bestreiten, daß die Leistung des Schiedseides als die Erfüllung der Bedingung anzusehen ist, unter welcher die Parteien zur Anerkennung der thatsächlichen Behauptung sich vertragsmäßig verpflichteten; und daß die richterliche Mitwirkung einzig und allein dem Princip des christlichen Staates ihre Entstehung verdankt, welches zur Ueberwachung der Parteien bei der Verwendung religiöser Formen treibt und sich hier besonders dadurch ausspricht, daß die Leistung des Eides erst dann für zulässig erachtet wird, wenn das Gericht dessen Relevanz für die Beendigung des Streites unantastbar festgestellt hat. In der Sache selbst stimmt auch damit der Entwurf überein; er verlangt in § 402 ausdrücklich, daß nur „mittelst bedingten Endurtheils" auf Leistung eines Eides erkannt werde. Wie man bei allen diesen Irregularitäten noch daran festhalten kann, den Eid als Beweismittel mit aufzuführen, das bleibt uns verschlossen.

§ 34.

Eine andere Frage wäre immer noch, ob man auch dem Beweis**gegner** gestatten soll, diese Offerte eidlicher Erledigung zur Hand zu nehmen. Offenbar könnte man die Eidesdelation äußerlich an die gewöhnlichen Bestimmungen über Beweisführung und Beweisrolle binden, ohne daß diese Aeußerlichkeit

auf ihren rechtlichen Charakter von Einfluß wäre. Um aber die Frage zutreffend zu beantworten, wird es nöthig, die Stellung von Beweis und Gegenbeweis zu einander und namentlich die Bedeutung der künstlichen Beweisführung für diesen Fall näher ins Auge zu fassen. Bekanntlich geht die herrschende Lehre dahin, die Eidesdelation zur Führung des künstlichen directen Gegenbeweises zu gestatten; so lange es aber noch Juristen giebt, welche die nähere Beleuchtung dieses Verhältnisses für rein logische Aufgabe und deshalb für juristisch interesselos erklären, oder welche gar hier mit dem völlig heterogenen Begriff „heterogener Thatsachen" operiren, so lange wird jeder Versuch einer Revision Gehör fordern können. Es dürfte sich dabei herausstellen, daß man in der gewöhnlichen Auffassung mehr summarisch zu Werke geht, als nicht nur für die Klarheit der Begriffe, sondern ebenso für die juristischen Consequenzen wünschenswerth ist.

Wir lassen den sogenannten indirecten Gegenbeweis außen vor. Es wäre löblich, wenn man die vielen Köpfe zu der einheitlichen Stellung bringen könnte, diesen Ausdruck etwa durch „liberirender Hauptbeweis" zu verdrängen; der bisher oft gebrauchte Ausdruck „eventueller Hauptbeweis" schließt den Irrthum nicht aus, als ob es sich um dieselbe Partei handeln könne.

Die Parteien sollen ihre fundirenden Thatsachen behaupten, entsprechendenfalls beweisen. Diesem Hauptbeweis steht der Gegenbeweis gegenüber; auch ist selbst bei der freiesten Beweisprüfung der Gegensatz nicht, wie man bisweilen behauptet, zu entbehren, weil die Passivität und die Fristen ihm Bedeutung geben. Es fragt sich aber, worin besteht sein Thema? — Er umfaßt die Thätigkeit der Partei zur Darlegung der Unwahrheit derjenigen Behauptungen, der Nichtexistenz derjenigen Thatsachen, deren Wahrheit resp. Existenz der Hauptbeweisführer darzuthun sich bemüht. Diese Gegenbeweisführung kann verschiedene Wege gehen.

1) Sie kann die Unwahrheit der jenseitigen Behauptungen,

die Nichtexistenz der Thatsachen unmittelbar darzuthun suchen; sie vervollständigt hier blos die Stoffvorlage über dasselbe Material. Oder

2) sie kann mittelbare Wege betreten, indem sie die Entkräftung durch den Nachweis der Wahrheit anderer Behauptungen, der Existenz oder Nichtexistenz anderer Thatsachen hervorzubringen sucht. Hier müssen wir, anstatt der blassen allgemeinen Bezeichnung „künstliche Beweisführung" zu folgen, nachstehende einzelne Möglichkeiten unterscheiden. Das Verhältniß nämlich, in welchem die Hauptbeweisthatsache und die Gegenbeweisthatsache stehen, kann ein verschiedenes sein.

a) Die Existenz der Gegenbeweisthatsache schließt die Existenz der Hauptbeweisthatsache aus; oder

b) es besteht zwischen beiden ein Causalnexus. Wäre die Gegenbeweisthatsache hier die concrete Ursache, so wäre ihre Existenz die nothwendige Voraussetzung für die Existenz der Hauptbeweisthatsache; ihre Nichtexistenz, nach allgemeinen Grundsätzen, würde die Nichtexistenz der Wirkung nicht ohne Weiteres ernöthigen. — Wäre die Gegenbeweisthatsache die Wirkung, so würde ihre Existenz die Existenz gerade dieser Ursache (der Hauptbeweisthatsache) nicht ernöthigen; ihre Nichtexistenz dagegen die Nichtexistenz dieser concreten Ursache (im weitesten Sinne des Wortes) darthun. Endlich

c) könnte das Verhältniß der beiden Thatsachen zu einander ein Wahrscheinlichkeitsverhältniß sein, positiver oder negativer Wirkung, auf Existenz oder Nichtexistenz hinführend. Unter diese Kategorie würden auch die Fälle gehören, in welchen die Zerlegungsversuche vom Standpunkt des Causalnexus aus zu keinem zwingenden Ergebniß führen. Diese letzte Kategorie hat man gemeiniglich im Auge, wenn man von Beweis durch Schlußfolgerung spricht. Der Werth dieser Wahrscheinlichkeitsgründe wird sich nach dem Werthe richten, welchen die in Anwendung gebrachte Regel beansprucht, sei es in Folge unserer Erfahrung oder in Folge gesetzlicher Autorisation. Diese letztere schafft zwischen zwei Thatsachen eine causale Verbindung, welche

von der Wirkung zur Ursache oder von der Ursache zur Wirkung geht und bald mehr bald minder scharf ausgeprägt ist, je nachdem sie die Berücksichtigung der in rerum natura vorhandenen abweichenden Gründe als Ausnahme, als Gegengewicht zu berücksichtigen gestattet, oder nicht. Dem entsprechend entzieht das Gesetz hier dem Richter die Prüfung des zwischen den beiden Thatsachen bestehenden Bandes entweder ganz, oder provisorisch dergestalt, daß er besondere Gründe zur Ausnahme haben muß. Wenn man neuerdings die Präsumtionen wiederum zur bloßen Losung für die Beweislast machen will und ihnen jeden in die richterliche Beweisprüfung hineinragenden Werth abspricht, so ist unseres Erachtens diese Auffassung nur dadurch erklärlich, daß man sich bei Wirkungen beruhigt, ohne nach den Ursachen sich umzusehen.

Betrachten wir nun diese verschiedenen Möglichkeiten vom Hauptbeweis aus, so ergiebt sich, daß auch von dessen Thatsachen den Umständen nach verschiedene Wirkung auf die des Gegenbeweises stattfindet. Man kann die einzelnen Fälle leicht zusammenstellen; wir heben, um nicht zu ermüden, nur hervor, daß der unter 2a genannte Fall: wo die Gegenbeweisthatsache die Existenz der Hauptbeweisthatsache ausschließt, — daß dieser Fall nothwendig gegenseitig ist, es ist keine Coexistenz beider Thatsachen möglich, die Existenz also der Hauptbeweisthatsache macht in gleicher Weise die Existenz der Gegenbeweisthatsache unmöglich.

Könnten wir nun mit den Thatsachen selbst verhandeln, dann erledigte sich die Sache weit einfacher; allein an Stelle der Thatsache schiebt sich die Behauptung der Thatsache und so gut es denn eben gehen will, suchen wir die Wahrheit dieser Behauptung d. h. ihre Uebereinstimmung mit der Realität darzuthun und solchergestalt die Thatsachen in gewissem Sinne zu reproduciren. Dadurch arbeiten wir mit einem Stoff, dessen Differenz mit demjenigen, auf welchen es eigentlich ankommt, auf der Hand liegt, und diese Differenz, die Mängel dieser Reproduction der Thatsachen zeigen sich besonders im Folgenden.

1) Je vollkommener die Gründe werden, je weiter sie die Beweisung an die Realität hinanschieben, desto mehr verringert sich die Möglichkeit des Gegenbeweises. Bei eigener Wahrnehmung des Richters in Betreff der fundirenden Thatsachen selbst ist deshalb der Gegenbeweis freilich nicht begrifflich aber doch factisch in der Regel ausgeschlossen. Wir verlassen uns auf unsere Sinne, bis man uns den Fall einer Sinnestäuschung darthut.

2) Je weiter die Gründe von der fundirenden Thatsache sich entfernen, desto mehr Möglichkeiten bieten sie einer Entkräftung dar, denn mit jeder neuen Thatsache, die wir zur Schlußfolgerung benutzen, erhalten wir eine neue Peripherie von anderen, mit dieser in Verbindung stehenden Thatsachen, und die Insufficienz unserer Beweise zwingt uns zu der Anerkennung, daß mit jeder neuen Möglichkeit auch die Wahrscheinlichkeit des Irrthums wächst.

3) Dabei ist irrelevant, von welcher Seite die Hineinziehung jener neuen Thatsache erfolgt, ob von der Seite des Beweisführers oder der des Beweisgegners. Sie haben beide die Mittel in Händen, durch künstliche Beweisführung den Kreis der in Betracht zu ziehenden Thatsachen zu erweitern.

4) Stellt man nun feste Regeln auf, welche dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der Behauptung, von der juristischen Existenz der Thatsache aufdrängen, so klafft Existenz und Nichtexistenz derselben Thatsache in Hinsicht auf die richterliche Ueberzeugung auseinander und die günstigere Stellung desjenigen, welcher das letzte Wort hat, ist offenbar. Mit dem Wegfall der Beweisregeln ist aber nicht jener Zwiespalt selbst beseitigt, wenn er auch wesentlich abgeschwächt und seiner äußeren Gestaltung völlig entkleidet ist. Er besteht fort, weil er durch die Differenz von Thatsache und Beweis nothwendig ist, und er tritt unter dem Namen Collision der Beweise bisweilen in nicht geringerer Schärfe wie nach Maßgabe der gesetzlichen Beweisregeln hervor. Der Richter hat stets, und man kann ihn dessen gar nicht entheben, er hat stets zu prüfen, ob die in Widerstreit

stehenden Thatsachen ihm als existent bewiesen sind und er muß dann zwischen ihnen durchzufinden, ihr Verhältniß zu schlichten suchen, so gut es eben geht.

5) Wir dürfen uns auch darüber nicht täuschen, daß jede neue Thatsache, welche als Angriffspunkt gegen eine alte aufgenommen wird, zugleich den Zielpunkt wiederum aller der Angriffe bildet, welche von irgend anderen Thatsachen aus gegen sie gerichtet werden können. Sobald wir in das Gebiet derartiger Verbindungen hineintreten, ist begrifflich keine Gränze gegeben. Man könnte geneigt sein, die Existenz einer Gränze in den Fällen anzunehmen, wo die Coexistenz der beiden Thatsachen unmöglich ist; allein auch hier öffnet die Differenz von Beweis und Thatsache wiederum weiteren Möglichkeiten die Thür.

Fassen wir das Resultat juristisch, so heißt es so: „Jedem Theile ist der Gegenbeweis zu verstatten, so lange der Gegner neue Thatsachen zu seiner Beweisführung verwendet."

Man wird diesem Satze zwei Rechtsinstitute entgegenhalten, einmal die Präclusivfrist und zweitens die Eventualmaxime. Prüfen wir die Bedeutung beider; eine jede Präclusivfrist ist in gewissem Sinn und soweit wir den Begriff hier zu gebrauchen haben, nur die Kehrseite der Eventualmaxime. Es fragt sich also: wie verhält sich unser Satz zur Eventualmaxime?

Die Partei soll diejenigen Schritte, welche sie vornehmen will, auf einmal vornehmen. Aber doch nur diejenigen Schritte, welche sie vornehmen **kann**; was ihr derzeit nicht zu Gebote stand, das wird auch durch die Eventualmaxime nicht getroffen, und das ist unverkennbar unser vorliegender Fall. Den Möglichkeiten der Gegenangriffe, welche sich von irgendwie zusammenhängenden Thatsachen aus auf die Wahrheit der diesseits aufgestellten Behauptung richten lassen, diesen Möglichkeiten im Vorwege entgegen zu treten, das ist eine begrifflich unmögliche Arbeit, weil der völlige Ausschluß des Gegentheils bedingt wäre durch die Möglichkeit, die menschliche Wahrnehmung der Möglichkeit eines Irrthums zu entziehen. Daraus ergiebt sich, daß

die Eventualmaxime diese Forderung vernünftiger Weise gar nicht stellen kann und, da sie ihren Inhalt von wissenschaftlicher Entwickelung erhält, auch in Wirklichkeit gar nicht stellt. Wir halten also an ihr fest, auch wenn wir jenen Satz annehmen; sie zwingt uns nur, die Beweisthätigkeit jeder Partei insofern zu concentriren, als es sich um die unmittelbare Darlegung einer und derselben Thatsache handelt; aber sie gestattet uns nicht minder, der Forderung nachzugehen, nach welcher das Hineinziehen jeder neuen Thatsache dem Gegner die Möglichkeit des Bestreitens auch dieser neuen Thatsache in die Hand geben muß.

In Einer Weise kann aber hierbei die Eventualmaxime noch von Wichtigkeit werden, dann nämlich, wenn diese neuen Thatsachen dem Gegner zu der Zeit bekannt waren, als er seinerseits die Beweisthätigkeit vornahm. In diesem Falle gebietet die Consequenz jenes Princips unverkennbar die Häufung auch der Vertheidigung gegen jene Gegenangriffe und hier fällt denn auch jede Beschwerung fort. Sobald aber jener bekannten Gegenthatsache eine Grundlage gegeben wird, welche durch Schlußfolgerungen die Existenz dieser Gegenthatsache darthun soll, dann hat diese Grundlage wiederum den Charakter einer neuen Thatsache und sie bringt dem Gegner die Möglichkeit eines Gegenbeweises.

Die unbeschränkte Zulassung künstlicher Beweisführung gebietet die unbeschränkte Zulassung des jedesmaligen Gegenbeweises. Sie spottet einer präclusiven Begränzung der gesammten Beweisthätigkeit und stempelt jeden Einschnitt in die begrifflich unendliche Kette zu einem Acte der Willkür, welcher mit dem „audiatur et altera pars“ in schneidenden Widerspruch tritt. Wir glauben die geschichtliche Entwickelung giebt deß ein lebhaftes Zeugniß. So lange man durch die Beweisregeln den Streitpunkt im Wesentlichen festschrauben konnte auf eine einzige Thatsache und die Schlußfolgerungen aus andern Thatsachen entweder in ihrer Zulässigkeit beschränkte, oder in ihrem Werth regulirte, so lange war es durchaus möglich, an der feststehenden

Frist mit präclusiver Kraft zu halten. Je mehr man aber gegen die Beweisregeln opponirte und freier Beweiswürdigung zuarbeitete, desto mehr drängte sich auch die Frage in den Vordergrund, ob man berechtigt sei, den Beweisführer zum Schweigen gegenüber jedweder Gegenbeweisführung zu verurtheilen. Man hielt aber einstweilen diese Bedenken fern durch die Eventualmaxime: über jede Thatsache nur einmaliges Gehör, und durch den Satz „reprobatio reprobationis non datur" besiegelte man zugleich den bisherigen Zustand und die Unselbständigkeit der eigenen Kritik. Man schuf ein hinkendes Resultat, denn über das Thema des künstlichen Gegenbeweises kam unverkennbar der Beweisführer gar nicht zu Worte. So kam es denn, daß man allmälig auch mit diesem Satz unzufrieden wurde und in reiferem Verständniß forderte, daß gegen den künstlichen Gegenbeweis ein Gegenbeweis gestattet werden müsse; Einige schlechtweg, Andere in weiser Mäßigung nur dann, wenn nicht die Bekanntschaft mit den Behauptungen des Gegenbeweisführers, durch Vorbringen in Form einer motivirten Verneinung, den Beweisführer nach der Eventualmaxime verpflichte zur gleichzeitigen eventuellen Abwehr.

Auch diese Forderung aber, so sehr sie den Charakter eines geschichtlichen Fortschrittes auch an sich trägt, sie ist doch nicht frei von Willkür. Wir haben vorhin gezeigt, daß die verschiedensten Combinationen unter der Bezeichnung „künstlicher Gegenbeweis" zusammengefaßt werden, sowohl die der Nothwendigkeit als die der Wahrscheinlichkeit. Man gestattet gegen alle die reprobatio reprobationis, sobald sie nur hier in der Beweisinstanz zum Vorschein kommen, also nicht durch die Eventualmaxime absorbirt sind; man gestattet diese reprobatio reprobationis also auch dann, wenn die Gegenbeweisthatsache im Verhältniß unmöglicher Coexistenz zu der Hauptbeweisthatsache steht, man gestattet z. B. die Entkräftung einer erst im Gegenbeweis vorgebrachten exceptio alibi durch Gegenbeweis; — aber trotz alledem hat man noch nicht erkannt, daß man diesen Gegenbeweis wegstreichen könnte mit ganz demselben Rechte, mit

welchem man hinter ihm einschneidet und nicht die Zulässigkeit des weiteren Gegenbeweises ohne Schranken anerkennt. Dann erst, wenn man die Unbegränztheit anerkannt hat, gelangt der Satz „reprobatio reprobationis non datur" zu seiner wahren Bedeutung, dann ist er nichts als die Anwendung der Eventualmaxime auf die Beweisthätigkeit: über jede neue Thatsache hat jeder Theil einmal das Wort.

Wir verkennen nicht, daß die scharfe Theilung der Begriffe und die aus ihr sich ergebende Unendlichkeit der Verkettung eine praktische Gränze regelmäßig bald in dem Mangel an Stoff finden wird. Daraus gerade erklärt sich unserer Ansicht nach, daß man bei dem einen Schritt stehen bleiben konnte, ohne sich zu der begrifflichen Scheidung durchzuarbeiten, zu welcher ein praktisches Bedürfniß nicht trieb. Allein die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, alle Consequenzen des Princips durch faktische Unterlagen ins Leben eingeführt zu sehen, sie bestimmt unstreitig nicht den Werth des Princips selbst, und überdies ist die Möglichkeit unverkennbar vorhanden, daß weit über die reprobatio reprobationis hinaus jene Kette von zusammenhängenden thatsächlichen Behauptungen hinausgezogen werde. Im Fall beispielsweise einer exceptio alibi ließe sich mit Leichtigkeit eine ansehnliche Reihe entwickeln, in welcher jene Differenz von Beweis und Thatsache immer weitere Möglichkeiten des Einwandes und Angriffes darbietet. Zudem lehrt uns ein Blick auf die Stoffsammlung des Strafprocesses, wie willkürlich es in der That ist, dem Vorbringen hier eine andere Gränze als diejenige zu setzen, welche in der Erschöpfung des vorhandenen Materials von selbst gegeben ist; versteht sich, für den Civilproceß unter Beobachtung der Eventualmaxime.

Man könnte nun der Ansicht sein, daß um so mehr Veranlassung zu der Verbindung von Beweisantretung und Behauptung sei, wie der deutsche Entwurf sie vorschlägt; man könnte in eben dieser Verbindung das Mittel sehen wollen, um die Abwickelung jener Kettenmöglichkeiten in das Stadium der Behauptungen zu verlegen und nunmehr festzuhalten an dem

alten Satz der Präclusion jedes weiteren, nicht gleich beigebrachten Beweises. Allein wir haben schon früher, als wir diese Verbindung näher prüften, hervorgehoben, daß eine Vollständigkeit jener Verbindung doch nicht beigelegt werden könne. Der deutsche Entwurf erkennt denn auch selbst die Nothwendigkeit, Beweisführung durch Schlußfolgerung zuzulassen. Es erscheint uns aber ganz zweifellos, daß damit auch schon die Bedrückung des Gegners gegeben ist; denn über die Prämissen, auf welchen jene Schlußfolgerungen ruhen, erhält er kein Gehör, vielmehr ist es hinsichtlich derselben dem schlußfolgernden Gegenbeweisführer gestattet, einseitig Beweis zu führen und dadurch die Differenz zwischen Beweis und Thatsache erheblich zu verschärfen. Man beugt also durch das Gebot, alle Thatsachen, zu deren Beweis man sich erbieten wolle, gleich im Termin genau zu bezeichnen, dem willkürlichen Einschneiden in den Kettengang der Thatsachen in keiner Weise vor. Wir müssen stehen bleiben bei dem Satz, daß ohne Willkür man dem Gegner nicht Gehör und Beweisthätigkeit über solche Thatsachen abschneiden kann, welche drüben mit dem Charakter von Prämissen für eine künstliche Beweisführung zum Vortrag gebracht werden.

Daß nun der deutsche Entwurf über Gegenbeweis gegen Gegenbeweis, soviel wir sehen, keinerlei Bestimmung trifft, das erscheint uns nicht von so erheblicher Bedeutung, da er durch die gebotene Darlegung der Beweissätze im Verhandlungstermin dem praktischen Bedürfniß in gewissem Sinn Genüge thut und dem Stande der Lehre, wie sie bisher aufgestellt wird, entspricht. Allein bei dem sächsischen Entwurf ist der § 391 „Ein Gegenbeweis hat wider einen Gegenbeweis nicht Statt", vollständig unmotivirt. Wo die Parteibehauptungen sich nur auf die begründenden Thatsachen erstrecken und im Wege künstlicher Gegenbeweisführung die motivirte Verneinung hervortreten kann, da liegt die Unbilligkeit: nach dem künstlichen Gegenbeweise abzuschneiden und einzig auf die richterliche Ausgleichung der Collision Rechnung zu machen, klar zu Tage und tritt mit dem stets

zur Schau getragenen Streben nach materieller Wahrheit in den grellsten Widerspruch.

§ 35.

Kehren wir nach diesen Untersuchungen über den Gegenbeweis zurück zu der Frage, welche uns zu ihnen hinleitete. Es fragt sich also, sollen wir die Eidesdelation als Mittel zur Gegenbeweisführung gestatten oder nicht?

Ziemlich durchstehend ist man wohl heutigen Tages der Ansicht, daß die Delation über das künstliche Thema zu gestatten sei. Nur da schließt man sie aus, wo sie unmittelbar die Wahrheit der jenseitigen Behauptungen zum Gegenstand hat.

Hier zeigt sich nun besonders die Unzulänglichkeit der, alle Fälle unterscheidungslos zusammenfassenden Bezeichnung „künstlicher Gegenbeweis." Unstreitig ist es für die vorliegende Frage ganz unerläßlich, darauf einzugehen, welchen Werth, welchen Charakter die zwischen der Hauptbeweisthatsache und der Thatsache des künstlichen Gegenbeweises bestehende Verbindung hat betrachtet vom Standpunkte der Hauptbeweisthatsache aus. Wir sahen vorhin, daß diese Verbindung die mannigfaltigste sein kann und daß keineswegs in allen Fällen die Stellung gleichartig bleibt, je nachdem man sie von dieser oder jener Seite aus betrachtet. Man thut der Frage daher auf alle Fälle Gewalt an, wenn man schlechtweg die Zulässigkeit der Eidesdelation bei künstlicher Gegenbeweisführung behauptet, während man bei natürlicher sie verneint. Greifen wir einen Fall heraus, an welchem sich die Sache sofort veranschaulichen wird.

Nehmen wir an, daß die Existenz der Gegenbeweisthatsache die Existenz der Hauptbeweisthatsache unmöglich macht, so liegt auf der Hand, daß ebenso die Existenz der Hauptbeweisthatsache die Möglichkeit der Gegenbeweisthatsache ausschließt. Die beiden Thatsachen stehen hier im Verhältniß unmöglicher Coexistenz. Durch welche Argumentation also will man es rechtfertigen,

daß man hier Eine Möglichkeit zerlegt in zwei angeblich selbständige Theile, während man sich doch sperrt, bei Einer und derselben Thatsache die gleiche Zerlegung in Existenz und Nichtexistenz vorzunehmen? Begrifflich existirt hier gar kein Unterscheidungsmoment, welches für die beiden Fälle gesonderte Resultate schaffen könnte. Sobald ich hier contrahirt haben soll zur betreffenden Zeit, kann mit ganz derselben begrifflichen Berechtigung eine Eidesdelation über den Nichtabschluß des Contracts wie über die exceptio alibi stattfinden.

Anders liegt die Sache, sobald das Bindeglied nicht den Charakter der Nothwendigkeit an sich trägt. Hier wäre die Coexistenz beider Thatsachen möglich und die Lösung des zwischen ihnen stattfindenden Conflicts eine Aufgabe, wie das Leben selbst sie uns stellen kann.

Das Entscheidende, dem man nur nicht die gehörige Aufmerksamkeit bisher geschenkt hat, ist auch hier wieder die Differenz zwischen Beweis und Thatsache; dieselbe Insufficienz unserer Beweise, welche oben als der Grund jener endlosen Gegenangriffe auftrat, sie hat hier die Wirkung, daß man eine Spaltung nach Kriterien vornimmt, welche begrifflich gar keinen Werth haben und deren Bedeutung nur dadurch hervorgebracht ist, daß an ihnen die Insufficienz unserer Beweise besonders grell hervorspringt; damit ist aber durchaus nicht gesagt, daß sie in den anderen Fällen materiell geringer sei. Es ist völlig dasselbe, ob ich gegen einen Zeugenbeweis das unmittelbare Gegentheil beschwören lasse oder ob ich den Eid auf eine unmöglich coexistente Thatsache richte. Für und wider beides sprechen ganz dieselben Gründe. Es fragt sich also, was ist zu wählen: Die Zulässigkeit in beiden Fällen oder die Unzulässigkeit?

Wir stehen keinen Augenblick an, die Zulässigkeit zu wählen. Woher, fragen wir, woher kommt denn eigentlich diese privilegirte Stellung des Hauptbeweises? ist denn dieser ein begrifflich anderes Wesen als der Gegenbeweis, so daß ein vernünftiger Grund wäre, ihm das Geleit des Eides gegenüber dem Gegenbeweis zu geben, aber dem Gegenbeweis dasselbe zu ent-

ziehen, weil drüben der bloße Name „Hauptbeweis" existirt? Warum soll nicht, was dem Hauptbeweisführer freisteht gegen den Gegenbeweis, in gleicher Weise dem Gegenbeweisführer freistehen gegen den Hauptbeweis?

Man wird uns die Antwort schuldig bleiben, denn es giebt keine. Es giebt nur eine historische Erklärung und die ist unsers Erachtens folgende.

Der Satz, daß zur Führung des Gegenbeweises die Eidesdelation nicht zu gestatten sei, ist erst auf deutschem Boden nach der Reception des romanischen Rechts entstanden und er verdankt seine Entstehung dem zeitlichen Zerreißen von Hauptbeweisthätigkeit und Gegenbeweisthätigkeit, welches jener Zeit eigenthümlich war. Durch diese Trennung wurde es möglich, regelmäßig zur Zeit der Gegenbeweisantretung schon zu übersehen, ob der Hauptbeweis gelungen sei oder nicht. War er mißlungen, so konnte der Gegner sich ruhig verhalten und ohne Thätigkeit von seiner Seite das Unterliegen des Gegners erwarten; war er aber gelungen, was in jener Zeit straffer Beweisregeln sich mit gleicher Sicherheit übersehen ließ, dann war es Aufgabe des Gegenbeweises, durch ein Aequivalent nunmehr den Gegner zu stürzen. Sollte nun zur Herstellung dieses Aequivalents der Beweisgegner den Eid deferiren dürfen?

Die Romanisten kamen zu dieser Frage gar nicht in gleicher Intensität, weil bei ihnen die Eidesdelation der Verhandlung über den Notheid gewichen war, wie wir an anderer Stelle (Gewissensvertretung, S. 67) zu zeigen versucht haben. Bei ihnen finden wir daher (soweit uns die Literatur bekannt ist) nur den Satz, daß wer bewiesen habe, zur Eidesleistung überdem nicht schuldig sein könne. Während sich aber für sie und ihren Standpunkt die Sache damit einfach erledigte, wurde das „juramentum deferre" oder das „recurrere ad hujusmodi suffragium", womit sie die Auferlegung des Notheides bezeichneten, eine gefährliche Autorität für die deutschen Juristen, welche, zwischen den Beweisregeln und dem Schiedseid eingeklemmt, jene Sätze des romanischen Rechts über Notheid auf ihren Schiedseid anwandten. Es

war eine Zeit, in welcher man zu weisem Maßhalten nicht die genügende Kenntniß besaß und so schlug man mit einem Satze drein, dessen Plumpheit uns zeigt, daß man dem geistigen Urtheil der Italiener nicht ebenbürtig war: man verbot die Eidesdelation im Gegenbeweise und berief sich auf Stellen, welche die Eidesleistung und die Pflicht zu ihr in Abrede stellen bei geführtem Beweise. Man übersah dabei, wie ungemein verschiedene Dinge Eidesdelation und Eidesleistung sind.

Für jene Zeit indeß, in welcher äußerliche Trennung und zwingende alttestamentliche Beweisregeln irre leiteten, für jene Zeit ist es erklärlich, daß man sich zu dem Mißgriff verleiten ließ, die Eidesdelation den gewöhnlichen Beweismitteln einzuverleiben, sie äußerlich an die Vorschriften der Beweisinstanz zu binden und sie nur dem Beweisführer zu gestatten. Heute aber daran festzuhalten, das zeigt, wie außerordentlich weit wir noch hinter der unerbittlichen Klarheit der Römer, ja sogar der Romanisten zurückstehen. Zu berücksichtigen haben wir nur die Anforderung der Religion, daß nicht die richterliche Ueberzeugung, einmal begründet, dem Schwur einer Partei wiederum weiche. Das thun wir in dem Satz „Gegen einen Beweis ist die Leistung eines Eides nicht gestattet.“ Alles aber was darüber ist, das ist vom Uebel und zeigt nur unsern Mangel an geistiger Durcharbeitung des Stoffes. Oder man zeige uns einen Grund, welcher die Leistung des im Gegenbeweise deferirten Eides unstatthaft machte, sobald der Hauptbeweis mißlungen ist.

Es ist kein ander Heil (wir kommen auch von dieser Seite darauf zurück), als daß wir lernen von den Römern und, ihnen folgend, die Vertragsnatur der Eidesdelation im Verein mit der auf sie folgenden Erklärung zum unverschleierten Ausdruck bringen, indem wir beiden Theilen ohne Unterschied und am liebsten auch ohne Zeitgränze gestatten, dem Gegner die Offerte zu machen: die zwischen ihnen streitigen Thatsachen durch Eid entweder selbst festzustellen oder feststellen zu lassen. Man gebe die Eidesdelation völlig frei, denn jede ihr angethane Be-

schränkung ist ein Zeichen, daß wir noch nicht reif genug sind uns zu entschlagen der Schule des römischen Rechts, dessen Klarheit wir durch das kritiklose Fortschleppen der traditionellen Sätze nur um so strahlender machen.

Wir sind nun freilich der Ueberzeugung, daß die innere Richtigkeit dieser Sätze ihnen früher oder später Geltung bringen wird und sollten selbst Jahrhunderte darüber hingehen. Aber je wuchtiger die Last der communis opinio doctorum ihnen sich entgegenstemmt, desto mehr stellen wir die Anforderung an den Gesetzgeber, Kritik zu üben und nicht aufs neue Sätze zu besiegeln, welche uns dem Tadel der Nachwelt um so schneidender aussetzen, als es uns wahrlich nicht an der Meinung fehlt, wir könnten mit unserm Urtheile auf eignen Füßen stehen und der römischen Leitung völlig entbehren.

Man verschließe sich also nicht länger der Einsicht, daß man in der Eidesfrage es einzig zu thun hat mit einer vertragsmäßigen Erledigung streitiger Behauptungen, welche durch die Einwirkung des Christenthums zu dem einzigen Unterschiede von dem römischen Recht gebracht ist, daß eine Controle gegen Mißbrauch stattfindet, während die anderweite Entwickelung unseres Verfahrens zugleich den Einfluß gehabt hat, die Parteithätigkeit und Dispositionsbefugniß zurückzudrängen vom Gebiete des Anspruches auf dasjenige des Beweises. Dadurch ist, wie eine confessio in jure, so auch ein juramentum in jure heutigen Tages nicht mehr möglich; denn die Subsumtion der behaupteten Thatsachen unter die Rechtssätze hat der Staat den Händen der Parteien entwunden. Allein weder jene Controle noch diese Beschränkung hinsichtlich des Gegenstandes sind im Stande die rechtliche Natur des Instituts selbst zu modificiren und alle einzelnen Sätze zeigen, daß man mit jener vulgären Bezeichnung „Beweismittel“ eben nur die Nothwendigkeit gewinnt: darzulegen, inwiefern Voraussetzungen und Wirkungen gegen die gewöhnlichen Regeln sich auflehnen, so daß die Regel vor lauter Ausnahme nicht mehr zu sehen ist. Man gebe der Religion, was der Religion ist, aber auch dem Rechte, was Rechtens ist und das thut man

nur, wenn man unumwunden ausspricht, daß es sich um Schließung eines Vertrages handelt, welcher in jeder Hinsicht den Grundsätzen des Vertragsrechts und überdies seiner Form willen einer polizeilichen Controle seitens des Richters unterliegt.

Sobald man zu solcher unverkürzten Durchführung vorschreitet, dann gewinnt nicht nur die Eidesdelation wiederum ihre römische Durchsichtigkeit, sondern wir bekommen auch zugleich einen juristischen Halt für die Unterscheidung von Haupteid und Notheid, deren verschiedene Wirkung nur aus der Differenz des beiden unterliegenden Grundes ihre Erklärung finden kann. Für den deutschen Entwurf liegt endlich eine besondere Veranlassung zur consequenten Durchführung des richtigen Grundes darin, daß er von einer Verbindung von Beweisantretung und Behauptung ausgeht. Dadurch ist die Möglichkeit gegeben, daß, ehe noch der Richter zu Wort gekommen über Beweislast und Beweissatz, schon eine Parteivereinbarung vorliegt, welche von der eidlichen Erhärtung einzelner Behauptungen die Erledigung des Streites abhängig macht. Nach dem bisherigen Standpunkt müßte der Richter trotzdem die Beweisverfügung erlassen, wenn die Rechtssätze über Beweislast und Beweissatz zu anderm Ergebniß führten als jene Vereinbarung; der Richter müßte die Vereinbarung sprengen, vielleicht bloß aus dem formalen Grunde, daß das Anerbieten von dem Theile hätte ausgehen müssen, welcher jetzt die jenseits erhobene Offerte angenommen hat. Und wenn gar die Parteien im guten Glauben, daß wo sie einig seien, dem Richter nicht Zweifel zuständen (soweit nicht seine publicistische Stellung eine Controle herbeiführt), wenn die Parteien in diesem Glauben das Beibringen anderer Mittel für unnöthig gehalten hätten, so würde sie nunmehr die Präclusion der, nicht neben dem geschlossenen Vertrage doch beigebrachten Mittel treffen. Wie außerordentlich gerade für diese Fälle vorhergehender Vereinigung der Parteien die von uns vorgeschlagene Auffassung zu richtigeren Resultaten führt, das liegt auf der Hand.

Hoffen wir denn, daß die deutsche Proceßordnung uns einen entschiedenen Bruch bringe mit den bisherigen Sätzen; daß sie die Eidesofferte vollständig freigebe und daß sie nur der Eidesleistung da entgegentrete, wo dieselbe gegen die Grundsätze der öffentlichen Moral verstößt.

§36.

Der sächsische Entwurf hat unverhältnißmäßig ausgedehnte Bestimmungen über den Eid und das Verfahren bei demselben. Einzelnes greifen wir heraus.

Nach § 456 hat der Schwurpflichtige „das Sein und Nichtsein der in Frage stehenden Thatsachen zu beschwören, jedoch, wenn der Eid über fremde Handlungen oder Wahrnehmungen zu leisten ist", mit dem Zusatze „wie er glaube und nicht anders wisse". Wir halten diese Formel nicht für entsprechend. Wenn wir die Sachlage näher betrachten, so ist offenbar bei dem Eide, dessen Thema unmittelbar auf das Sein oder Nichtsein der Thatsache formulirt ist, doch das Maßgebende die eigene Wahrnehmung von derselben und nicht die Thatsache selbst. Wir legen nur der Wahrnehmung hier, wie in den meisten Fällen, einen so hohen Werth bei, daß wir dem Wahrnehmenden gestatten, die Existenz der Thatsache an Stelle seiner Wahrnehmung zu behaupten, und im Vertrauen auf die Regularität unserer Sinne übersehen wir die überall vorhandene Möglichkeit einer Irregularität. Wenn wir nun aber aus praktischen Gründen es für wünschenswerth halten, weiter zu gehen und nicht nur diejenige Partei schwören zu lassen, welche auf eigene Wahrnehmung sich stützen kann, so gerathen wir auf ein Gebiet, dessen Unsicherheit die tägliche Erfahrung uns näher legt, auf welchem wir um so vorsichtiger operiren müssen, weil es sich darum handelt, die ohne eigene Wahrnehmung gewonnene Ansicht nicht etwa blos zu benutzen zur Bildung oder Nichtbildung richterlicher Ueberzeugung, sondern dieselbe zur rechtschöpferischen Ursache zu gestalten. Die Gränzen sind bei alledem so wenig klar zu ziehen, daß wir schon durch die Fälle

der Nichtwahrnehmung hinüber geführt werden auf eben dieses Gebiet, auf welchem der Mangel eigener Wahrnehmung rechtlich verwandt wird. — Allein je klarer wir die Schwierigkeit einsehen, uns vor dem Gleiten zu bewahren, um so enger müssen wir uns der eigenen Wahrnehmung anzuschließen suchen. Das thut nun unseres Erachtens der sächsische Entwurf durchaus nicht, indem er festhält an der alten Fassung des „Glauben und nicht anders wissen" und dabei das eigentliche thema jurandum in positiver Form hinstellt. Das Bestreben, möglichst durch diese positive Form die Gefahr zu beseitigen, welche durch die Abhängigkeit des Schwursatzes vom „glauben" entstand, dieses Bestreben ist gewiß sehr zu billigen, aber wir halten es doch für zutreffender, in diesen Fällen den Eid nicht auf die Thatsachen unmittelbar, sondern auf die Stellung zu richten, welche der Schwörende zu diesen Thatsachen einnimmt, denn diese Stellung ist hier dasjenige, was in der That in die Wage gelegt werden soll, dessen Incongruenz mit den Thatsachen selbst auf den ersten Blick dadurch bloßgelegt werden muß, daß der Eid an Stelle der objectiven Form des Veritätseides hier eine subjective Fassung erhält.

Was nun diese Fassung selbst anlangt, so sind wir der Ansicht, daß der sächsische Entwurf hinter die nothwendig werdende Subjectivität ohne Grund zuweit zurück geht, indem er „glauben und nicht anders wissen" zur Formel wählt. Die Motive rechtfertigen diese Beibehaltung des Glaubenseides mit dem gemeinen Recht, in welchem er sich sachentsprechend gezeigt habe; aber so weit uns bekannt ist, hat nicht leicht irgend ein Institut des gemeinen Rechts ausgedehntere Angriffe erhalten als gerade der Glaubenseid. Es liegt nun auch unserer Ansicht nach klar vor Augen, daß nur Tradition ein solches Thema „Glauben und nicht anders wissen" erklärlich macht. „Glauben" und „nicht anders wissen", — als ob es möglich wäre, zu glauben und zugleich das Gegentheil zu wissen. Wie die Formel sich gebildet hat, ist nicht schwer zu begreifen; man wollte das selbstgewählte credere mit einer warnenden Clausel

versehen; aber wie man diesen Eid und diese Formel heut aufs Neue für lange Zeit zum gesetzlichen machen kann, das ist uns nicht erklärlich. Wir glauben, daß der deutsche Entwurf hier wiederum weit mehr den Anforderungen des Lebens und der Wissenschaft genügt, wenn er sein Thema formulirt:

> „daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung erlangt habe, daß ꝛc.“

oder:

> „daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß ꝛc.“

und die Wahl des einen oder anderen Satzes einzig davon abhängig macht, ob man es mit dem Beweisführer oder mit dem Beweisgegner zu thun habe. Von jenem möge das Recht verlangen, daß er von dem selbsterhobenen Angriff auch eigene Ueberzeugung habe; vom Beweisgegner genügt es, wenn er nur erklärt die Ueberzeugung nicht zu haben. An beide Formeln schließt sich dann einfach die Thatsache selbst in negativer oder positiver Fassung an. — Man könnte anderer Meinung sein als der deutsche Entwurf über die Erleichterung, welche dem Beweisgegner dadurch zu Theil wird, daß man ihn die Nichtüberzeugung statt der Ueberzeugung von dem Nicht beschwören läßt, worin wir einen altdeutschen Bekannten mit Freuden begrüßen (Ssp. I, 6. II, 22.); man könnte auch vielleicht Einsprache thun gegen den Passus „nach sorgfältiger Nachforschung“ und denselben der Eidesbelehrung zuweisen, da man doch beim Veritätseid eine Clausel: daß der Schwörende Auge und Ohr gehörig gebraucht habe, auch nicht für nöthig erachtet; aber jedenfalls wird man darüber einig sein, daß der deutsche Entwurf weitaus dem sächsischen vorsteht durch den unumwundenen Bruch mit dem alten Glaubenseide. Mag man noch so sehr die Schonung des Gewissens bei dem Schwörenden sich zur Aufgabe stellen, so ist doch in erster Linie zu erwägen, daß man nicht die Rechte des Gegners von einer juristischen Carricatur abhängig machen darf.

Während wir es hier beklagen, daß der sächsische Entwurf

der Autorität des gemeinen Processes die wissenschaftliche Auffassung der Jetztzeit nachgestellt hat, möchten wir in einem anderen Falle ein rückhaltsloseres Anschließen an die gemeinrechtlichen Sätze wünschen, hinsichtlich nämlich der cumulativen Eidesdelation. Man mußte wohl den sächsischen Standpunkt der Eidesklage nachgerade als einen solchen ansehen, der mit der öffentlichen Moral nicht mehr in Einklang zu bringen war, aber man hat einen Ausweg ergriffen, dessen Gründe wohl etwas nähere Darlegung verdient hätten, als das durch die Motive geschieht, die sich darauf beschränken: zu erklären, daß man es jetzt so gemacht habe, wie vorne im § 481 zu lesen steht. Dieser § 481 lautet:

> „Die Verbindung des Eidesantrags mit anderen Beweismitteln über die nämliche Thatsache hat, selbst wenn sie nicht blos vorsorglich geschehen ist, die Wirkung, daß auf den Eidesantrag nur in dem Falle zu erkennen ist, wenn der durch andere Beweismittel unternommene Beweis dergestalt mißlingt, daß er nicht einmal zu einem Erkenntnisse auf einen nothwendigen Eid führt."

Der Eidesantrag soll also hinter dem richterlichen Nothrecht zurückstehen. Umsonst sehen wir uns nach irgend einem Grunde um, welcher eine so eminente Verletzung der Verhandlungsmaxime uns rechtfertigen könnte. Wir können darin nur ein Streben nach jenem Besseren erkennen, welches der Feind des Guten ist und hier um so bedenklicher wird, als der Entwurf hinsichtlich des Notheides dem Richter eine hervorragende Selbständigkeit ohnehin gegeben hat. Der § 496 lautet:

> „Ist ein Beweis weder voll hergestellt, noch ganz mißlungen, so hat das Gericht auf einen nothwendigen Eid, entweder auf einen Erfüllungseid des Beweisführers, oder einen Entlastungseid des Beweisgegners zu erkennen und dabei darauf Rücksicht zu nehmen, von welcher Partei nach der Beschaffenheit ihrer Kenntniß von der fraglichen Thatsache sowie nach ihren persön-

lichen und sonstigen Verhältnissen eine wahrheitsgemäße Angabe muthmaßlich am sichersten zu erwarten steht."

Wir würden es, abgesehen vom Inhalt, jedenfalls für richtiger gehalten haben, der Doctrin die Entwickelung dieser Consequenzen aus Nothrecht verbunden mit freier Beweiswürdigung zu überlassen, statt denselben hier im Gesetz einen behaglichen Platz zu gönnen, der durch das Hervorheben der Wahrheitsliebe der einen Partei wiederum nur zu Mißklängen führen kann. — Auch den Inhalt aber, die Beibehaltung nämlich des Reinigungseides, müssen wir mißbilligen. Die Geschichte zeigt uns, daß ein reiferes Verständniß der materiellen Beweistheorie zuerst auf dem Gebiet des Strafverfahrens, dann auf dem des Civilprocesses dazu führt, mit dieser Reliquie des altgermanischen Beweisrechts völlig zu brechen. Dem ist der deutsche Entwurf gerecht geworden, indem er im § 425 dem Richter nur gestattet, bei sehr erheblichem Ergebniß auf Antrag oder von Amtswegen einen Erfüllungseid aufzuerlegen. Die Zulassung eines Reinigungseides, welcher den völlig passiven Beweisgegner zur Entkräftung der drüben erbrachten Wahrscheinlichkeit anhält, ist mit der materiellen Beweistheorie in offenbarem Widerspruch und erklärt sich historisch nur als eine vom romanischen Recht den germanischen Ideen gemachte, inconsequente Concession.

Man streiche also im sächsischen Entwurf den Reinigungseid ganz und überlasse hinsichtlich der Auflegung des Erfüllungseides die Entwickelung der Consequenzen des „Nothrechts" getrost der Schule.

Auch damit werden wir uns aber noch nicht zufrieden geben können. Es ist nach unserer Ansicht durchaus nothwendig, die poena acceptati des sächsischen Rechts fallen zu lassen und sich dem sonst unseres Wissens überall bestehenden Präjudiz der Recusation anzuschließen. Wir haben früher (Gewissensvertretung, S. 113 fg. S. 153) darzuthun versucht, auf welchem Grunde geschichtlich das sächsische Präjudiz ruht; aber so sehr wir unter anderen Verhältnissen und wenn Sachsen allein in

Frage stände, der Ansicht sein würden, daß man die historische Continuität, wie sie seit vier Jahrhunderten bestanden, nicht brechen möge, so müssen wir hier doch befürworten, daß die Gleichartigkeit des Rechts uns weit höher stehen muß als das Beibehalten einer particularistischen Sonderbildung ohne materiellen Werth.

Weshalb nun aber wohl der sächsische Entwurf § 680 scheidet zwischen dem Ausbleiben im Termin für die Eidesbehandlung und dem Schweigen der erschienenen Partei? Jene Partei soll der auf Eid gestellten Thatsachen geständig erachtet, in diesem Fall hingegen die Annahme des Eides fingirt werden. Wir bedauern, daß selbst angesichts der einfachen Structur anderer Gesetze und auch des gemeinen Processes die Neigung zum nutzlosen detailliren dergestalt die Oberhand gewinnen konnte.

Der Kläger soll ferner nach § 689 das Recht behalten, seine Klage dergestalt gleich anfangs auf Eid zu stellen, daß der Beklagte gehalten ist, auf den Eid sub poena acceptati in der Verhandlung (oder bei ausgedehnterer schriftlicher Vorbereitung im ersten Schriftsatz) sich zu erklären. Die nach dem Verfahren ergehende Beweisverfügung gestattet dem Kläger jedoch aufs neue die Delation des Eides, auch wenn der bei der Klagerhebung zur Hand genommene Eid nicht für zulässig erachtet wird. — Aus dem Paragraphen ergiebt sich, daß nur dann eine Eidesdelation bei der Klagerhebung diese Wirkung hat, wenn nicht neben ihr andere Beweise zugleich vorgebracht werden; wir möchten das wenigstens daraus folgern, daß die eventuelle Eidesdelation erst im Termin der Beweisausführung die Pflicht des Delaten zur Erklärung hervorbringt. Zweifelhaft bleibt es indeß, ob in solchem Falle der von uns angenommene Standpunkt gelten soll oder ob, unter Nichtberücksichtigung der Beweismittel, der Beklagte verpflichtet bleiben soll, sich sofort zu erklären; die Frage wäre bedeutend genug, um eine besondere Erledigung zu erwarten.

Man ist überhaupt bei der Frage der Cumulation des

Eides mit Beweis nicht mit der erforderlichen Umsicht zu Werke gegangen, was zum Theil sich daraus erklären mag, daß man die Fragen der Zulässigkeit und Wirkung vorweg genommen, die des Verfahrens selbständig hintenan gestellt hat. Im § 481 heißt es nämlich:

„Die Verbindung des Eidesantrages mit anderen Beweismitteln über die nämliche Thatsache hat, selbst wenn sie nicht blos vorsorglich geschehen ist, die Wirkung u. s. w."

Der Entwurf stellt hier also gegenüber: eine „vorsorgliche Eidesdelation und: eine „Verbindung des Eidesantrages mit anderen Beweismitteln;" in der Wirkung stellt er beide ausdrücklich gleich; damit wird die Verschiedenheit der beiden Institute selbst eben so unzweideutig anerkannt. Das ist nun aber keineswegs die Absicht des Gesetzgebers, wie sich daraus ergiebt, daß er im weiteren Verlauf von „vorsorglich angetragenem Eide" spricht und offenbar dabei an jede irgendwie mit Beweis verbundene Eidesdelation denkt. Käme es nun überall blos und einzig auf die Wirkung an, welche § 481 für beide Fälle gleich normirt, so wäre das Ganze indifferent. Das wäre also der Fall, wenn wir überall nur die Bestimmung hätten, solchenfalls sei „auf den Eidesantrag nur in dem Falle zu erkennen", wenn der unternommene Beweis völlig mißlungen sei. Wir haben nun aber eine Bestimmung in § 681, welche sich jener Ausdrucksweise nicht ohne Weiteres anschließt. Es heißt:

„Ein blos vorsorglich angetragener Eid gilt erst dann für angenommen, wenn er nicht bis zur Eröffnung der Tagfahrt zur Beweisausführung, oder im Falle des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung, bis zu der Zeit zurückgegeben wird, wo die dasselbe anordnende Verfügung Demjenigen, welchem der Eid angetragen wurde, zugestellt worden ist."

Wir machen zuerst darauf aufmerksam, daß der Entwurf

unter „schriftlichem Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung" hier nicht das versteht, was er sonst bezeichnet als „schriftliche Verhandlung mit Schlußtagfahrt," sondern daß es sich hier um ein schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung einzig zum Zweck der Beweisausführung nach § 697 handelt. Wenn nun für diesen Fall vorsorglicher Eidesdelation die Fristen der Erklärung selbständig bestimmt werden, so ist die Absicht offenbar dahin gegangen, für jeden Fall verbundener Eideszuschiebung diese Bestimmung zu treffen, das ist aber dem Worten nach nicht gesagt worden. Das Streben nach deutschem Ausdruck mag seine schadenfrohe Hand im Spiele gehabt haben.

Aber auch im weiteren Sinne ist uns nicht möglich den § 681 mit § 481 zu vereinen.

Das sächsische Recht kennt bisher im Anschluß an die geschichtliche Entwickelung seiner Eideslehre ein sogenanntes Erkenntniß auf Eid, welches die gesetzlich eingeforderte Erklärung des Delaten entweder fingirt oder bestätigt, nachdem es in früherer Zeit darin bestanden hatte, daß es die Eidesleistungspflicht des Delaten aussprach: er könnte und wollte denn dem Deferenten den Eid wiederum in sein Gewissen schieben oder sein Gewissen mit Beweis vertreten. Bei einem Verfahren, welches von der Eidesleistungspflicht ausgeht, war das durchaus consequent. Es hat sich später aber in der angegebenen Weise geändert, und heute wird nicht die Erklärung durch Urtheil eingezogen, sondern das Urtheil schließt sich der wirklichen oder fingirten Erklärung des Delaten an und die Erklärung zieht das Gesetz ein.

In dieser Weise spricht auch der Entwurf § 689 noch vom Erkenntniß auf Eid, welches sich den Parteiverhandlungen über den Eid anschließen kann, wenn dieselben im schriftlichen Verfahren mit Schlußverhandlung mit dem Vorbringen des thatsächlichen Materials verbunden sind. Daneben tritt nun aber im § 481 ein Erkenntniß auf den Eides*antrag* auf, von dem wir nicht wissen, wohin mit ihm?

Halten wir uns an den Wortlaut, so erscheint es als

zweifellos, daß unter einem Erkenntniß auf den Eidesantrag ein Urtheil zu denken wäre, welches die Zulässigkeit desselben zugleich etwa mit der nun eintretenden Pflicht des Gegners: bei Vermeidung der gesetzlichen Nachtheile sich zu erklären, rechtskräftig feststellte. So verstanden setzte denn der § 481 fest, daß erst bei völlig mißlungener Beweisführung das Gericht dem Delaten die Erklärung auf den deferirten Eid abzufordern habe, wogegen an sich ja nichts zu erinnern sein würde. — Nun ist aber in § 681 ausdrücklich festgesetzt, daß bei Vermeidung der poena acceptati die Erklärung auf den cumulirten Eidesantrag schon bis zur Eröffnung des Termins zur Beweisausführung abgegeben sein soll. Das ist ersichtlich mit jener Bestimmung, daß erst nach festgestelltem völligen Mißlingen der Beweisführung auf den Eidesantrag zu erkennen sei, nicht zu vereinigen.

Die Motive bieten keine Hülfe. Zu § 481 sagen sie: „Der mit andern Beweismitteln verbundene Eid hat demnach nur den Zweck, zu verhüten, daß nicht ein Angriff oder eine Vertheidigung blos aus Mangel des Beweises erfolglos bleibe.“ Man könnte hierin vielleicht eine Bestärkung für die Auffassung finden, die wir vorhin von dem „Erkenntniß auf den Eidesantrag“ aufstellten. Zu § 681 aber schweifen sie dergestalt ab, daß wir zu folgen ganz außer Stande sind. Hier heißt es: „Der Entwurf geht von der Ansicht aus, daß, sobald die Aufnahme des Beweises über die vorsorglich auf den Eid gestellten Thatsachen von dem Gerichte für geschlossen erklärt wird, der Beweisgegner allemal im Stande ist, zu beurtheilen, ob er den Eid mit unverletztem Gewissen leisten kann.“ Also das Gewissen des Schwörenden richtet sich nach dem Beweisergebniß! wir sind bisher der Ansicht gewesen, daß die Aussetzung der Erklärung über den cumulirten Eid nur deshalb von Einigen befürwortet werde, weil man den Zwang gegen den Delaten nur dann für berechtigt halten könne, wenn die Nothwendigkeit desselben sich bereits herausgestellt habe; und weil man durch eine bei der Beweisaufnahme bereits bekannte Erklärung über

den Schiedseid die richterliche Unbefangenheit bei der Beweiswürdigung zu erschweren fürchtete. Wir werden daher wohl jene Collision von § 481 und § 681 nur dadurch ausgleichen können, daß wir das dort vorkommende Erkenntniß auf Eidesantrag für einen bloßen lapsus calami erklären. Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber sagen wollen, es sei auf den Eid nur unter den genannten Voraussetzungen zu erkennen. Ist aber dies das Richtige, dann wird das vorgeschlagene Eingehen auf den Notheid bei theilweisem Beweisresultat um so exorbitanter. Denn ehe noch der Richter den Beweiswerth feststellt, liegt schon die Parteivereinbarung über den Schiedseid vor ihm und trotzdem soll er diese unberücksichtigt lassen und nach seiner Ansicht von größerer Wahrheitsliebe der einen oder andern Partei den Notheid auferlegen.

Hinsichtlich des Erkenntnisses auf Eid hätten wir außerdem den Wunsch, daß man dasselbe demjenigen des deutschen Entwurfes mehr näherte; einmal dadurch, daß man die Parteithätigkeit, die man im § 443 ganz außerordentlich hervorhob, nicht bei diesem Erkenntniß ganz verdunkelt; dann aber vorzüglich insofern, daß man die Wirkungen nicht allein eines geleisteten Eides ausspricht, sondern eben so gut die des nicht geleisteten. Der § 701 behält es nämlich dem Ermessen des Gerichts vor, die Folgen der Nichtleistung nachträglicher Feststellung zuzuweisen. Allerdings ist es in manchen Fällen kaum durchführbar, für alle einzelnen Möglichkeiten theilweiser Nichtleistung die Combination im Vorwege hinzustellen, allein dann wird sich regelmäßig die Wirkung mindestens kategorienartig angeben lassen. Wir müssen Werth darauf legen, daß man als das wirkliche Endurtheil das Eidesurtheil anerkennt, daß keine Partei Eide zu leisten pflichtig gesprochen werden darf, deren rechtliche Wirkung sie nicht übersehen kann, und daß an jenes Urtheil nur noch eine purificatorische Sentenz oder ein etwaiges Liquidationsverfahren sich anreihen kann.

Derselbe Mißgriff des vorsorglich angetragenen Eides, den wir eben in der Verbindung mit dem „Erkenntniß auf den

Eidesantrag" zur Prüfung zogen, wiederholt sich im § 687, wo die Unzulässigkeit der Gewissensvertretung bei „nur vorsorglich angetragenem Eide" ausgesprochen wird. Auch hier ist der Ausdruck nicht correct, nachdem man vorsorglichen Eidesantrag und Verbindung des Eides mit anderen Beweismitteln einander entgegen gestellt hat. Die Absicht geht doch wohl zweifellos dahin, durch jede Verbindung des Eides mit Beweis die Gewissensvertretung ausschließen zu lassen, ohne Rücksicht darauf, ob der Deferent seine Eidesdelation als „vorsorgliche" bezeichnet hat. — Aber die andern Bestimmungen über die Gewissensvertretung sind von größerer Bedeutung.

Der § 685 gestattet nämlich erstens zur Gewissensvertretung die Benutzung der Eidesdelation, wenn nur das Thema nicht unmittelbar die Unwahrheit des Eidesthema enthält. Die Motive, welche bei dieser Lehre ausnahmsweise ausführlich sind, obgleich sie auch hier sich wesentlich referirend verhalten, wo man Gründe erwartet, — die Motive sagen:

> „Daß bei der Gewissensvertretung der Eid nicht über die Behauptung des Nichtseins derjenigen Thatsachen angetragen werden kann, über deren Sein der Eid angetragen worden war, liegt in der Natur der Sache, weil ein solcher Eid nur die Zurückgabe des von der Gegenpartei angetragenen Eides enthielte."

Dieses „weil" ist nun wohl mehr als zweifelhaft, denn es erscheint nicht wohl möglich, die Rückgabe und die Delation eines Eides über dasselbe Thema für identisch zu halten. Aber erheblicher ist, daß der Entwurf ohne jede Begründung schlechtweg die Eidesdelation über ein mittelbar entkräftendes Thema gestatten will. Betrachten wir dieses Institut näher, so ergiebt sich, daß hier für einen einzelnen Fall Dasjenige durchgeführt wird, was wir oben hinsichtlich des Verhältnisses von Haupt- und Gegenbeweis als maßgebend aufstellten. Jedes neue Thema bringt die Frage der Beweisführung aufs neue zur selbständigen Existenz; es ist dem pflichtigen Theile neben andern Mitteln auch die Eidesdelation gestattet, wählt er diese, so schafft er dem

Gegner wiederum das Recht der Gewissensvertretung und da auch zu dieser Gewissensvertretung wiederum neue Thatsachen zur Benutzung gezogen werden dürfen, so ergiebt sich auch hier die Zulässigkeit einer Eidesdelation und es können die Parteien den zugeschobenen Eiden durch zugeschobene Eide entgehen, so lange der Stoff ihnen gestattet, neue Thatsachen aufzustellen.

Wir haben oben schon ausgeführt, daß wir diese Lösung der Frage für die begrifflich gebotene halten; allein es läßt sich nicht verkennen, daß dieser Satz, isolirt wie er hier auftritt und im offenen Widerspruch mit dem andern Satz des sächsischen Entwurfs: daß gegen einen Gegenbeweis kein Gegenbeweis gestattet sei, — es läßt sich nicht verkennen, daß jetzt dieser Satz den Eindruck einer bloßen Spielerei macht, welche ohne Bewußtsein ihres Werthes unvermittelt in die alten Lehrsätze hinein ragt. Wollte man irgendwo die Zulässigkeit der Eidesdelation einschränken, so lag gewiß die meiste Veranlassung dazu in einem Falle vor, welcher schon durch seinen Namen zeigt, daß er vom Eide sich fern zu halten wünsche. — Entweder also streiche man hier die Eidesdelation, oder man bekenne sich zu den hier verstohlen durchblickenden Sätzen als zu leitenden Principien.

Der § 685 gestattet zweitens den Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung. Die alte und erläuterte Proceßordnung hätten denselben abgeschnitten, heißt es in den Motiven:

> „Man hatte geglaubt, ihn größerer Beschleunigung wegen entziehen zu können. Allein Rücksichten auf Beschleunigung dürfen nicht die Verkürzung der Rechtsvertheidigung zur Folge haben. Verschiedentlich ist die Vorenthaltung des Gegenbeweises auch durch die Behauptung zu rechtfertigen versucht worden, daß die Gewissensvertretung die Stelle eines Gegenbeweises wider den angetragenen Eid vertrete, dem zufolge aber der Grundsatz Platz ergreife, daß es wider den Gegenbeweis keinen Gegenbeweis gebe. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht jedoch, und daß wider die Gewissensvertretung der Gegenbeweis nachgelassen werden muß,

ist von bewährten Rechtslehrern überzeugend nachgewiesen worden. Der Entwurf hat daher kein Bedenken tragen können, wider die Gewissensvertretung den Gegenbeweis zu verstatten, wie denn dies auch mehrfach von andern Proceßgesetzgebungen geschehen ist."

Diese Fassung der Motive könnte zu dem Irrthum Anlaß geben, als hätten erst die chursächsischen Proceßordnungen den Gegenbeweis abgeschnitten. Dem ist keineswegs so, vielmehr ist von Alters her ein solcher nicht gestattet gewesen. Was dann den überzeugenden Nachweis von bewährten Rechtslehrern anbetrifft, so ist uns vorenthalten, wem der Entwurf hier sich anschließt; daß der Nachweis nicht in dem Grade überzeugend gewesen, wie der Gesetzgeber annimmt, das zeigt ein Blick beispielsweise auf die Literaturübersicht, welche Muther, Gewissensvertretung S. 216 u. fg. gegeben hat.

In der That ist bis auf Gönner herab die Unzulässigkeit des Gegenbeweises als unantastbarer Satz angesehen, erst der Gönnerschen Argumentation aus der natürlichen Billigkeit ist es gelungen Anhang zu finden in einer Zeit, welche ohne echte historische Anschauung war.

Auch wir haben, (Gewissensvertretung S. 207) gegen den Gegenbeweis uns erklärt. Es könnte nur zweifelhaft sein, ob nicht unsre Ansicht in Betreff der Zulässigkeit der reprobatio reprobationis, wie wir sie vorhin entwickelten, jetzt zu andern Sätzen führte. Damals wählten wir die entgegengesetzte Möglichkeit und wahrten das Princip, so gut wie jetzt durch unbeschränkte Zulassung, damals durch unbeschränkten Ausschluß des Gegenbeweises gegen den Gegenbeweis. Denn mit der Willkür: hinter dem künstlichen Gegenbeweise abzuschneiden, konnten wir uns damals schon nicht befreunden, allein eine leichterklärliche Scheu hielt uns ab, unbefangen der eignen Ansicht zu folgen.

Es liegt auf der Hand, daß man nicht so einfach davon gehen kann, wie Wetzell es mit den Worten thut: „Der Gegenbeweis des Deferenten würde ein verspäteter Hauptbeweis sein." Für den Fall künstlicher Beweisführung zur Gewissensvertretung

wird unverkennbar die früher dargelegte Verkettung der Thatsachen hereingezogen und damit jene Angriffsmöglichkeit geschaffen, welche mit dem Hauptbeweis in keiner Beziehung steht. Eben so zweifellos scheint es uns zu sein, daß für ein Verfahren, wie der deutsche Entwurf es vorschlägt, die ganze Frage nicht auftaucht, weil die Revocabilität der Eidesdelation bei jenseits gewählter Gewissensvertretung vorhanden ist, der Deferent also in solchem Falle seine Rolle als Hauptbeweisführer wieder auf sich nehmen oder auf den gegnerischen Vorschlag eingehen wird. Die Vorzüge dieser Revocabilität haben wir vorhin schon angeführt und nach unsrer Ansicht ist dieselbe nur die Consequenz von dem Offertencharakter der Eidesdelation. Ist man nun aber hierin andrer Meinung und gestattet man dem Deferenten nicht, von der gewählten Eidesdelation zum Beweise deshalb zurückzugehen, weil drüben sein Antrag nicht pure angenommen ist, dann ist, so weit wir sehen, dafür auch nur die eine Möglichkeit juristischer Erklärung vorhanden: daß man in der Eidesdelation den Verzicht auf eigne Beweisung erblickt, der alsdann schlechterdings die Unabänderlichkeit der Delation theilen muß. So lange also nicht die völlige Durchführung der Vertragsgrundsätze dazu führt, daß der Deferent die zurückgewiesene Offerte durch andre Mittel als Hauptbeweisführer ersetzt, so lange sehen wir keine Begründung für eine, von ihm der Gewissensvertretung gegenüber zustellende Beweisung, und das an sich schon singuläre Institut würde eine noch größere Abnormität darbieten, sobald wir dasselbe als eine durch Eidesdelation herbeigeführte Verschiebung der Beweisrollen aufzufassen genöthigt würden.

Jedenfalls wird man uns darin zustimmen, daß durch diesen Vorschlag der sächsische Entwurf in Widerspruch tritt mit seiner Unzulässigkeit einer reprobatio reprobationis. Wir haben schon vorhin hervorgehoben, und das Gleiche zeigt sich hier, daß man durch diese Zulassung des Gegenbeweises hineingedrängt wird in unsre Meinung von der Zulässigkeit des Gegenbeweises über jede neue Thatsache; denn da die Eidesdelation zur künst-

lichen Gegenbeweisführung gestattet sein soll, da jeder Eidesdelation eine Befugniß zur Gewissensvertretung entspricht, da gegen jede Gewissensvertretung ein Gegenbeweis, im Falle mittelbaren Themas also auch wieder eine Eidesdelation eröffnet ist, so ist eine Gränze nur in der Erschöpfung des thatsächlichen Materials zu erkennen. So sehr wir nun auch wünschen, diese unläugbare Wahrheit für die Rechtssätze über Gegenbeweis im allgemeinen anerkannt zu sehen, so wenig sind wir der Meinung, daß sie auf die Gewissensvertretung Anwendung zu leiden hätten. Wir würden unter allen Umständen an dem, Jahrhunderte lang und auch angesichts künstlicher Beweisung bewahrten Satze festhalten, daß der Gewissensvertreter durch einseitige Beweisung den Schwur zu meiden, seine Vernachlässigung, der gegnerischen Offerte straflos zu machen sucht und daß dem Deferenten nur Controlmaßregeln bei dieser probatio pro exoneranda conscientia zustehen.

Die Gewissensvertretung soll nun nach § 688 nicht blos in einer Erklärung bestehen, sondern, gleich dem Vorschlag des deutschen Entwurfs, in der Beweisantretung, neben welcher freilich noch eine selbständige Erklärung figurirt. Regelmäßig wird dieser Satz keine Schwierigkeiten bieten; die Partei wird zum Termin geladen, nach § 680, um sich über den deferirten Eid zu erklären; vertritt sie hier durch eine Beweisantretung ihr Gewissen, so geht nunmehr dieser Beweis seinen gewöhnlichen Gang, in welchem es höchstens zu einem Notheide nicht aber zu einem Regreß auf den Schiedseid kommen kann. (§ 686.) In Einem Falle aber wird es mit dieser Beweisantretung doch wohl bedenklich werden, dann nämlich, wenn der Kläger gleich bei der Klagerhebung nach § 689 den Eid über sämmtliche Klagthatsachen zuschiebt. Wie wir schon früher hervorgehoben, ist solchenfalls Beklagter zur Erklärung gehalten im Verhandlungstermin (oder im ersten Schriftsatz, wenn wir weitläufiges Vorverfahren annehmen). Hier nun aber die Gewissensvertretung in einer Beweisantretung bestehen zu lassen, das wird dem Gesetzgeber schwerlich in den Sinn gekommen sein.

Es wäre das eine sehr verschwiegene Einführung der Verschmelzung von Beweis mit dem ersten Verfahren, welche wir hier wohl um so weniger annehmen dürfen, als § 688 ganz allgemein darauf hinweist, daß der Gewissensvertretung das gewöhnliche Beweisaufnahmeverfahren nach § 591 sich anzuschließen habe. Es wird daher wohl keine andere Erklärung übrig bleiben, als daß man bei Abfassung des § 689 den § 688 übersehen hat und daß nur dann die Gewissensvertretung in einer Beweisantretung erscheint, wenn dieselbe in der Beweisinstanz zur Hand genommen wird.

Wir müssen endlich darauf hinweisen, daß der sächsische Entwurf bei der Behandlung des Eides in der bedenklichsten Weise dem Princip der Schriftlichkeit huldigt, indem er gegenüber der eventuellen und der in ausgedehnterem Vorverfahren gleich bei der Klage gebrauchten Eidesdelation dem Delaten die Möglichkeit eröffnet, schriftlich über den Eid sich zu erklären. Das ist unsers Erachtens bei einem öffentlich-mündlichen Verfahren nicht zu vertheidigen; gerade bei der Eideserklärung ist es im höchsten Grade wichtig für Gegner wie Richter, daß die Partei wo möglich in Person ihre Erklärung abgiebt; jedenfalls bringt das Hineinziehen der Schrift nur Uebelstände mit sich.

§ 37.

Wir wenden uns nun zu dem Schluß des uns vorliegenden deutschen Entwurfes, zum ordentlichen Verfahren vor Einzelrichtern. § 433—447.

Hier ist nach § 434 die Nothwendigkeit einer Vorbereitungsverhandlung nicht vorhanden. Die Klage kann vielmehr, und zwar mündlich oder schriftlich, gleich bei dem Gerichte angebracht werden; ersteren Falles wird, vielleicht vom Gerichtsschreiber, ein gerichtliches Protokoll über sie aufgenommen, bei schriftlicher Erhebung muß sie im Original und doppelter Abschrift dem Gericht eingereicht werden. Der Richter decretirt alsdann die Vorladung der Parteien zu den von ihm angesetzten Termin durch einen Vermerk entweder auf das Original der

Klage oder auf die für den Kläger bestimmte Abschrift des Protokolles; von hier wird sie durch Abschrift auf das an den Beklagten gehende Schriftstück übertragen. Zwischen der Behändigung der Ladung und dem Termin soll, außer in Dringlichkeitsfällen, eine Woche inneliegen. Es können aber auch die Parteien diese Einleitungsformen dadurch überspringen, daß sie am ordentlichen Gerichtstage ohne Vorladung freiwillig vor Gericht erscheinen; daß von dieser Möglichkeit ein die Geschäftsordnung der Gerichte erheblich störender Gebrauch gemacht werde, wird nicht zu fürchten sein.

Bleibt nun die eine oder die andere Partei zum Termine aus, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze über Contumaz. Sonst erfolgt die Verhandlung im Termin, bei welcher der Richter auf Vollständigkeit des thatsächlichen Materials, sowie auf Deutlichkeit hinzuwirken und die Parteien zur Vornahme der ihnen obliegenden Handlungen aufzufordern, sie über die drohenden Rechtsnachtheile zu belehren hat. Alles das sind Sätze, denen kein Einwand entgegengestellt werden dürfte; sie sind der ungezwungene Ausdruck desjenigen Grundgedankens, welchem das Institut der Einzelrichter im Wesentlichen seine Existenz verdankt.

Hinsichtlich dieser Verhandlung trifft dann § 442 die Bestimmung, daß auf Grund einer proceßhindernden Einrede die Verhandlung zur Hauptsache vom Beklagten nicht abgelehnt werden dürfe. Man hat sich zu dieser Ausdrucksweise wohl dadurch verleiten lassen, daß man für das ordentliche Justizcollegialverfahren die einzelnen proceßhindernden Einreden namhaft gemacht hat. Allein der Ausdruck enthält doch wohl einen Irrthum, den man im Interesse der Klarheit und der wissenschaftlichen Verwendbarkeit des Kunstausdrucks „proceßhindernde Einrede" beseitigen muß. Eine proceßhindernde Einrede ist diejenige, welche den Beklagten, gehörig vorgeschützt, von der sonst ihm obliegenden Pflicht der Einlassung entweder ganz oder mindestens so lange befreit, bis durch ein Erkenntniß auf Einlassung ihre Unzulänglichkeit ausgesprochen ist. Eine proceßhindernde

Einrede also, neben welcher eine Einlassung nothwendig ist, das ist keine proceßhindernde Einrede, es ist eine contradictio in adjecto. Der Entwurf wollte offenbar sagen, daß die im Justizcollegialverfahren proceßhindernden Materialien hier im einzelrichterlichen Verfahren jene Wirkung nicht haben sollten, daß es mit anderen Worten hier gar keine proceßhindernden Einreden giebt. Aber indem er für diesen Gedanken jene Ausdrucksweise wählte, verwechselte er offenbar die Sistirung der Prüfung mit der Sistirung der Vorlegung. Nur die letztere ist charakteristisch für die proceßhindernden Einreden, die erstere ist nichts als die Consequenz der Eventualmaxime.

Man sage also schlechthin: Im einzelrichterlichen Verfahren sind proceßhindernde Einreden unzulässig. Den dilatorischen Charakter hinsichtlich der Prüfung des beigebrachten Materials behalten diese Fragen trotzdem, denn derselbe hängt von ihrem proceßhindernden Charakter durchaus nicht ab.

Uebrigens wird man den Satz selbst durchaus billigen müssen; es ist eine schärfere Centralisation hier regelmäßig leichter, wegen des geringeren Umfanges des Streitgegenstandes, und sie ist zugleich ungefährlicher, wegen der ausgedehnteren Mitwirkung des Richters, welche auch hier dazu führen kann, nach Zweckmäßigkeitsgründen eine isolirte Behandlung einzelner Fragen auf dem Wege der Proceßleitung zu schaffen, sobald eine solche dem vorliegenden Falle entspricht.

Mit dieser Spaltung des Materials gegenüber der Eventualmaxime ist durchaus nicht die Frage zu verwechseln, in welcher Anordnung das, nach der Eventualmaxime auf einmal vorzubringende Material vorzutragen ist. Jene Spaltung behandelt die Stellung des Materials hinsichtlich der rein äußerlichen Frage, ob in Einem oder in mehreren Vorträgen die Vorlegung erfolgen soll. Diese Anordnung hingegen bezieht sich nur auf den einzelnen Vortrag und sie ist nichts mehr als die an der Hand der gesetzlichen Werthbestimmungen eintretende logische Gruppirung des Materials. Diese Logik macht es unmöglich, daß die begrifflich bedingenden Materalien den bedingten nach-

geordnet werden, — und sie spricht sich am schärfsten aus in der bekannten Präclusivwirkung der Litiscontestation. — Für einzelrichterliches Verfahren aber würde das Festhalten an diesem Grundsatze zu erheblichen Mißständen führen; es würde die freie Beweglichkeit dieses Verfahrens in solide Schwerfälligkeit verwandeln, würde die Selbstthätigkeit der streitenden Theile regelmäßig wegen mangelnder Bildung derselben unmöglich machen, würde endlich jedenfalls dem Richter eine bedenkliche Last auf die Schultern legen, sobald man bedenkt, daß die Natur dieses Verfahrens richterliche Mitwirkung und somit auch richterliche Verantwortlichkeit hinsichtlich der Stoffvorlegung mit sich bringt. Es wird schwer durchführbar sein, wenn man hier an dem Satz der logischen Gruppirung festhält; das Leben in der mündlichen Verhandlung würde solche Fessel zersprengen.

Wir halten es demnach für sehr umsichtig, daß der deutsche Entwurf hier von dem Postulat ausgesprochener Maßen zurücktritt und die Anordnung des Materials innerhalb der Verhandlung völlig freigiebt, einzig sich stützend auf die richterliche Proceßleitung. Nur Eine Fordrung jener logischen Gruppirung hat man festgehalten, nämlich die, daß die Unzuständigkeit des Gerichts gerügt werden muß vor der Verhandlung in der Sache selbst. Dieser Satz hat denn aber auch etwas so Einleuchtendes, selbst geringer Bildungsstufe verständliches, daß an ihm keinerlei Anstoß zu nehmen sein wird.

Sobald nun die Vergleichsversuche, welche der Richter nach beendeter Verhandlung geeigneten Falles vornimmt, erfolglos bleiben, dann wird nach § 441 zur Protokollation geschritten. Aufzuzeichnen ist das Ergebniß der gegenseitigen Parteiverhandlungen nach deren wesentlichem Inhalte, insbesondere die Gesuche, die zu deren Begründung behaupteten Thatsachen und die erfolgte Angabe von Beweismitteln; vielleicht wird der Umfang dieser Aufzeichnung geschmälert durch schriftliche Eingaben der Parteien, auf welche dann einfach Bezug genommen werden kann. Dieses Protokollat und nur dasselbe darf bei der Endentscheidung zu Grunde gelegt werden; so erhalten wir eine

Garantie gegen Uebereilung und verbinden zweckmäßig das Prinzip der Mündlichkeit mit dem der Actenmäßigkeit, wie das ja auch bislang schon in einzelnen Ländern geschieht. Zugleich haben wir dadurch die Möglichkeit, das Endurtheil erheblich zu vereinfachen, da es hinsichtlich des Thatbestandes sich an das Protokoll anlehnen kann.

Bleiben in der Verhandlung Thatsachen von Relevanz streitig, so leitet die gewöhnliche Beweisverfügung des Richters den Proceß in die Beweisinstanz hinüber, welche den Regeln des Justizcollegialverfahrens gleichmäßig unterliegt. Nur hat der § 447 der Landesgesetzgebung es vorbehalten, in geringeren Rechtsstreitigkeiten an die Stelle der Eidesleistung eine Versicherung an Eides Statt eintreten zu lassen.

§ 38.

Der sächsische Entwurf hat, wie wir schon oben hervorgehoben haben, kein specifisch einzelrichterliches Verfahren, indeß im Ganzen und Großen können wir die Bestimmungen über abgekürztes Verfahren dem gleichstellen, wenn auch die Begriffe sich nicht vollständig decken, weil, wie gesagt, das abgekürzte Verfahren geeigneten Falls auch vor Collegialgerichten eintreten soll. Wir wollen daher die Sätze über abgekürztes Verfahren in § 919 u. folg. hier dem einzelrichterlichen Verfahren des deutschen Entwurfs gegenüber stellen; zu besserem Verständniß für den nichtsächsischen Juristen schicken wir eine kurze Skizze desjenigen Verfahrens voraus, an welches der sächsische Gesetzgeber nach Aussage seiner Motive sich angeschlossen hat.

Es ist für Sachsen durch das sogenannte Bagatellgesetz vom 16. Mai 1839 ein sehr summarisches Verfahren eingeführt für ganz geringfügige Ansprüche im Belauf von (seit 1861) 50 Thalern. Die gewöhnlichen Formen und Fristen fallen größtentheils fort, der Kläger meldet seinen Anspruch in oberflächlicher Weise mündlich oder schriftlich dem Gericht an, dieses ladet durch sogenannte Bestellzettel die Parteien zur Verhandlung im Termin, den Beklagten sub poena confessi. In der Ver-

handlung haben beide Theile Behauptung und Beweis zu verbinden und es soll, nachdem unter richterlicher Mitwirkung die Vorlegung des Materials erfolgt ist, sofort zur Aufnahme der vorhandenen Beweise geschritten und womöglich auch in demselben Termin die Endentscheidung gesprochen werden. Sind die Beweismittel nicht zur Stelle, so wird für ihre Production ein neuer Termin sofort mündlich anberaumt und in diesem womöglich die Sache beendigt. Steht die Klage auf Eid, so ist der Gegner gehalten, sofort sich über die Delation zu erklären und es steht ihm nur frei, durch diejenigen Mittel, welche er im Gericht bei der Hand hat, die Leistung des Eides, sei es seine eigene, sei es die des Gegners überflüssig zu machen.

In der Praxis kommt es nun nicht leicht zu so straffem Gange. Obgleich das Gesetz dem Beklagten seine Vertheidigung wesentlich dadurch beschnitten hat, daß die Compensation nur quoad summam concurrentem zulässig ist und auch das nur bei möglicher theilweiser Entscheidung über den Gegenanspruch; obgleich ferner gegen die proceßleitenden Verfügungen schlechtweg keine selbständigen Rechtsmittel gestattet sind, vielmehr die sogenannte Appellation gegen das Verfahren stets mit dem Rechtsmittel gegen das Endurtheil zu verbinden ist, so zieht sich doch die Verhandlung häufig über mehrere Termine hin und es ist das Gericht nicht behindert, dem Drucke, welcher auf die eine oder die andere Partei durch die Vorlegung neuer Thatsachen im Termin geübt werden könnte, abzuhelfen dadurch, daß es die Entscheidung abzugeben eben noch nicht für möglich erklärt und so den Parteien weitere Gelegenheit zur Stoffvorlegung und insbesondere zur Erörterung jener Nova gewährt. Nicht selten ist auch das Gericht in der Lage, den bereits ausgesprochenen Schluß der Verhandlung wiederum aus eigenem Antriebe aufzuheben und an Stelle des anberaumten Publikationstermins eine anderweite Verhandlung zur Instruction der Sache eintreten zu lassen, sobald sich bei der Prüfung des Materials für Abfassung des Erkenntnisses herausstellt, daß dieser oder jener Punkt nicht genügend instruirt ist.

Zwei große Uebelstände dieses Verfahrens werden von allen Seiten zugegeben. Einmal die völlig unhaltbare Bestimmung, daß man dem Kläger gestattet, seinen Anspruch erst im Termin zu substantiiren, und dem Beklagten die poena confessi auferlegt gegen ein Vorbringen, welches er gar nicht kennen gelernt hat außer in jener allgemeinen Form der Anmeldung; zweitens die Inconvenienzen, welche dadurch entstehen, daß an dieses Verfahren sich ein Instanzenzug mit reiner Aktenmäßigkeit anschließt. Jeder sächsische Jurist weiß, wie oft die Appellationsgerichte in der Lage sind, die Akten zur bessern Instruction der Sache an den Bagatellrichter zurückgeben zu müssen, weil die Protokollate unverständlich sind. — Wenn trotzdem man mit dem Bagatellverfahren wohl zufrieden ist, so liegt der Grund dafür in der Folie, welche das Verfahren in andern Sachen ihm verleiht. Jedenfalls wäre es erklärlich, wenn der Gesetzgeber an das Gesetz von 1839 sich soweit anschlösse, als es nach heutiger Einsicht thunlich ist. Die Motive erklären denn auch ausdrücklich, daß das Bagatellgesetz, soweit es sich bewährt habe, bei den Vorschriften über abgekürztes Verfahren „in sachentsprechender Weise berücksichtigt worden.“ Es ist demnach uns nahe gelegt, die Bestimmungen des Entwurfs nicht nur nach denjenigen Anforderungen zu prüfen, welche wir nach dem heutigen Stande unserer Erkenntniß an einzelrichterliches Verfahren stellen, sondern wir müssen zugleich diese Prüfung an der Hand jenes Bagatellgesetzes vornehmen, welches der Gesetzgeber selbst als sein Vorbild bezeichnet.

Der § 921 verbietet vor allen Dingen jede Abweichung von der Centralisation, welche das Gesetz vorschreibt; jede Art schriftlicher Vorbereitung ist „nicht statthaft“. Die Motive erklären, daß diese Unstatthaftigkeit sich daraus ergebe, weil der Proceß nicht durch eine schriftliche Vorverhandlung eine Verlängerung erleiden soll. Man sieht nicht ein, weshalb die Parteien dann an der schriftlichen Erörterung gehindert werden müssen, sofern sie es beide für zweckmäßig halten, sich vorzubereiten; die Bestimmung, daß ein solches schriftliches Vorverfahren nicht

geboten, nicht nothwendig sei, genügte unsers Erachtens vollständig.

Ueber die Art der Klagerhebung haben wir keine besondere Bestimmung; es schlägt also der dem ganzen Kapitel vorgestellte Satz ein: „Die für das ordentliche Verfahren gegebenen Vorschriften gelten für das außerordentliche Verfahren, soweit sie überhaupt auf dasselbe anwendbar sind und im Nachstehenden nicht etwas Anderes bestimmt ist.“ Dadurch ist die Verbesserung herbeigeführt, daß die nach dem Bagatellgesetz mögliche Aufstellung des Anspruches ohne thatsächliche Begründung nicht mehr möglich ist, weil § 376 für Klagen die Angabe der fundirenden Thatsachen fordert. Jener gewaltsamen poena confessi des Bagatellgesetzes würden wir also enthoben sein können. Eine andere Frage ist, ob der Gesetzgeber diesen Vorzug wirklich hat eintreten lassen; wir kommen darauf später zurück. — Dagegen würde die Befugniß wegfallen, die Klage mündlich zu erheben, wie solches nach Bag. Ges. § 11 unter dem Namen „Anmeldung des Anspruchs“ dem Kläger zustand; nach dem Entwurf § 369 darf das Gericht in Fällen, wo nicht Gefahr beim Verzuge ist, zur schriftlichen Eingabe verweisen. Das ist nach unserer Ansicht eiu Rückschritt, der wie wir schon früher andeuteten, namentlich auf dem flachen Lande und gegenüber den sogenannten kleinen Leuten zur Härte führt, die Proceßführung ihnen selbst wiederum unmöglich macht, dieselbe vertheuert und zudem um so mehr schneidet, als man nach einfachen Begriffen eine Art Recht zu haben glaubt, durch die Gesetzgebung des Fortschrittes doch mindestens nicht schlechter gestellt zu werden, als man nach dem Bagatellgesetz bereits stand. Und wollte man gegen uns anführen, daß die Vergrößerung des Objects auch größere Verwickelung des Anbringens mit sich bringe und daher diese richterliche Freiheit erwünscht mache, so würden wir der Ansicht sein, daß dem Genüge gethan wäre durch die Bestimmung, daß der Richter „verwickeltes“ Anbringen zur Schriftlichkeit verweisen dürfe.

Das Gerichtsamt würde dann den erhobenen Anspruch nach

Maßgabe von § 565 zu prüfen haben. „Erachtet es . . . die Klage nicht für begründet, so hat es den Kläger hierüber zu bescheiden, . . . aber auszufertigen, wenn der Kläger es der ihm eröffneten Bedenken ungeachtet verlangt.“ Nehmen wir an, daß ein Advocat die Klage schriftlich eingereicht hat, so findet also auch hier erst ein Hin- und Herschreiben statt, in welchem der Advocat sich eines Lächelns über das Gericht schwerlich wird erwehren können. Wir halten das für einen Rückschritt hinter das Bagatellgesetz.

Nachdem also das Gericht jenen vergeblichen Belehrungsversuch angestellt hat, setzt es Termin zur Verhandlung an und ladet dazu unter Einräumung einer Frist von 3 bis 8 Tagen. Die erste Frage ist, unter welchem Präjudiz wird diese Ladung ausgesprochen? Es fehlt an besonderen Vorschriften, mithin sind wir an die Sätze des ordentlichen Verfahrens verwiesen. Unzweifelhaft ist nun dessen Bestimmung über Mittheilung der Klagschrift zur Vernehmlassung hier nicht verwendbar, weil dieselbe mit dem Charakter des vorbereitenden Verfahrens zusammenhängt, es bleibt also nur die Ladung zum Verhandlungstermin, deren Präjudiz anzuwenden wäre. Demnach hätte im abgekürzten Verfahren der Richter zu laden 1) den Kläger unter der Verwarnung, daß, wenn er nicht erscheine, der Beklagte werde von dem Processe entbunden werden; 2) den Beklagten unter der Verwarnung, daß er der Klagthatsachen geständig, der Einreden verlustig werde.

Damit könnten wir dem ersten Anschein nach einverstanden sein, aber bei näherer Erwägung stellen sich folgende Uebelstände heraus.

1) Es ist nicht vorgeschrieben, daß der Ladung des Beklagten die Klage in Abschrift beizufügen sei. Die Analogie des sogenannten ordentlichen Verfahrens hilft uns nicht aus, weil dort bei der Ladung die Klage schon in der Vorbereitungsinstanz mitgetheilt ist; jene Mittheilung aus der Vorbereitungsinstanz hier herüber zu ziehen, ist rechtlich unzulässig bei der Incongruenz, welche das Gesetz zwischen Vorbereitungsinstanz und abgekürztem Verfahren selbst ausdrücklich aufstellt. Eine andere Analogie aber, welche das abgekürzte Verfahren selbst

darbietet, führt sogar geradeswegs zur Bestätigung unserer Ansicht. Der Entwurf fordert nämlich für den Fall mündlicher Ladung, daß dem Beklagten „der Grund der Ladung im Allgemeinen eröffnet" werde; wir werden daraus herleiten, daß für andere Fälle die Eröffnung des Grundes der Ladung im Besonderen zu erfolgen habe.

2) Dadurch verscherzt der Gesetzgeber den Gewinn, welchen er durch die Forderung sofortiger Substantiirung des Anspruches uns in Aussicht stellte; und was den Anschein eines Fortschritts hatte, stellt sich bei näherer Betrachtung als ein Rückschritt heraus, der um so schwerer wiegt, weil der Anlauf, den man zum Bessern nahm, jener Bestimmung auch noch den Vorwurf der Inconsequenz aufbürdet. Indem man für den Fall schriftlicher Ladung gar keine Bestimmung trifft, und für den Fall mündlicher die „Eröffnung des Grundes der Ladung im allgemeinen" genügen läßt, tritt man hinter das Bagatellgesetz zurück, welches doch mindestens die Bezeichnung des Anspruches nach Gegenstand und Betrag und „mit kurzer Bezeichnung des speciellen Grundes, worauf solcher beruht" als Inhalt des Bestellzettels vorschreibt. Davon ist die Angabe des Ladungsgrundes himmelweit verschieden und es liegt auf der Hand, wie unbegründet nunmehr es ist, wenn einer solchen Ladung das Präjudiz der poena confessi beigesellt wird. Klagt man schon jetzt über die rechtliche Unmöglichkeit, den Kläger zur Substantiirung bei der Anmeldung zu zwingen; tadelt man schon jetzt das Bagatellgesetz, weil es auf eine, dem Beklagten noch gar nicht bekannte, erst im Termin zu liefernde Begründung die poena confessi anwendet, — was wird man dann zu dem Entwurf sagen, der die Klagbegründung in der Hand des Richters ruhig liegen läßt und die Mittheilung derselben an den Beklagten nicht einmal in dem Umfange fordert, wie es das, durch den mangelhaften Eingang doch gebundene Bagatellgesetz thut.

3) Noch weiter ist man aber hinter dem Bagatellgesetz zurückgeblieben hinsichtlich der mündlichen Ladung. Auch das Bagatellgesetz kennt eine solche, aber der § 14 verlangt außer der

Dringlichkeit Anwesenheit des Beklagten an demselben Orte. Statt dessen soll nach dem Entwurf schlechtweg die mündliche Ladung statthaft sein. Außer diesem Unterschiede in der Voraussetzung finden wesentliche Unterschiede Statt auch hinsichtlich des Inhalts und hinsichtlich der Wirkung.

Was nämlich den Inhalt der Ladung anlangt, so soll nach dem Bagatellgesetz der Beklagte bei mündlicher Ladung wie sonst von dem erhobenen Anspruch in Kenntniß gesetzt werden, und es wird ihm die Frist bis zum Termin nur kürzer wie gewöhnlich gestellt. Der Entwurf hingegen fordert nur Angabe des Grundes der Ladung im Allgemeinen. Es würde also genügen müssen, wenn der Gerichtsbote etwa erklärte, Beklagter solle erscheinen, es sei Jemand da, der ihn zu verklagen wünsche; und dann kürzt das Gericht nicht etwa die Frist, sondern es hat das Recht zum sofortigen Erscheinen zu laden.

Der grellste Abstand beider Gesetze aber zeigt sich hinsichtlich der Wirkung solcher mündlicher Ladung. Nach dem Bagatellgesetz hat dieselbe einzig den Werth eines Versuches zur gütlichen Beilegung; nicht einmal wenn auf die mündliche Ladung hin der Beklagte wirklich erscheint, darf das Gericht zur Entscheidung in der Sache vorschreiten, sobald nur der Beklagte den gegnerischen Anspruch irgendwie bestreitet. Für die Rechtsgültigkeit eines wirklichen Verfahrens fordert das Bagatellgesetz also auf jeden Fall eine schriftliche Ladung; der Entwurf hingegen, der den Beklagten ungünstiger stellt ohnehin im Betreff der Zulässigkeit und des Inhalts solcher mündlicher Ladung, hat doch zugleich den Muth, dem Ausbleibenden auch hier die poena confessi zu drohen. Wo das Gericht befugt ist, unter allgemeiner Angabe des Ladungsgrundes sofortiges Erscheinen sub poena confessi selbst von Leuten zu fordern, die nicht einmal am Gerichtsort sich befinden, da ist von Rechtsstreit offenbar gar nicht mehr zu sprechen.

Im Leben wird nun die Schärfe dieser Sätze nicht in dem Maß hervortreten, weil dem Gesetzgeber ja Mittel zu Gebote stehen, das was er mit der einen Hand verdirbt, mit der an-

deren wiederum gut zu machen; und fast könnte es scheinen, als ob der Gesetzgeber im Vertrauen auf diese Macht getrost ein leichtes Spiel mit den Grundsätzen des Bagatellgesetzes getrieben hätte. Was kommt denn eigentlich auf die ganze Contumaz an, mag er sich gedacht haben, unser Einspruch stellt uns ja völlig sicher. Wenn auch der Beklagte sich auf jene mündliche Ladung zum sofortigen Erscheinen gar nicht einläßt, es schadet ihm ja doch nichts, er erhebt innerhalb 10 Tagen den ordentlichen Einspruch und wenn er den neuen Termin wiederum versäumt hat, da hätte er ja möglicher Weise auch noch den außerordentlichen Einspruch. — Leider, es läßt sich nicht läugnen; der Einspruch stürzt alle jene Sätze über den Haufen, er giebt dem zum sofortigen Erscheinen geladenen Beklagten statt dessen eine zehntägige Frist, er treibt ein frivoles Spiel mit dem ganzen Verfahren, ein Spiel, vor welchem jeder sächsische Jurist in praxi sich bekreuzigen und mit Wehmuth auf die alten guten Zeiten des Bagatellgesetzes zurückblicken würde.

4) Wir haben bislang die Frage des Stoffvorbringens in der Sache selbst betrachtet, es fragt sich jetzt, wie steht es mit dem Beibringen der Beweise? Das Bagatellgesetz ladet zum Termin unter dem Präjudiz, daß alle Beweismittel hier anzugeben bei Vermeidung der Präclusion, nur für die Realproduction gestattet es die Ansetzung eines neuen Termins. Wie macht es der Entwurf?

Was zunächst die Beweisantretung betrifft, so sagt der § 923:

> „Bei der Ladung zur Tagfahrt sind die Parteien zu benachrichtigen, daß sie in derselben Beweis wie Gegenbeweis, und wenn es blos einer Bescheinigung bedarf, diese wie die Gegenbescheinigung anzutreten, die zum Beweise oder zur Bescheinigung zu benutzenden Urkunden zur Stelle zu bringen, und die sofortige Aufnahme des Beweises oder der Bescheinigung, soweit dieselbe möglich, zu gewärtigen haben. Zugleich ist ihnen zu eröffnen, daß sie in der Tagfahrt Zeugen, und

wenn sie sich über einen Sachverständigen vereinigt haben, auch diesen zur Abhörung vorstellen können."

Dem Leser wird sofort aufstoßen, daß der Gesetzgeber hier wiederum kein Präjudiz stellt. Wir werden aufs Neue an das ordentliche Verfahren verwiesen; allein dieses Mal sieht es mit dieser Quelle äußerst trübe aus. Das ordentliche Verfahren des sächsischen Entwurfs bietet nämlich schlechterdings keine Möglichkeit der Analogie. Es kennt eine Verbindung von Beweisantretung mit Behauptung überall nicht, vielmehr wird nach § 588 am Ende der mündlichen Verhandlung durch die Beweisverfügung den Parteien aufgegeben, ihre Beweise binnen gesteckter Frist sub poena praeclusi anzutreten. Das paßt aber in keiner Weise für das abgekürzte Verfahren. Die Motive zu § 929 sagen ausdrücklich „Uebrigens findet im abgekürzten Verfahren keine Präclusivfrist für Antretung des Beweises sowie Gegenbeweises Statt." Statt dessen sollen die Mittel ja nach der Absicht des Gesetzgebers im ersten Termin oder, wenn in ihm etwa die Sache nicht zu bewältigen wäre, in einem zweiten Termin zur Vorlage kommen. Jedenfalls also doch in einem Termine, und es ist offenbar nicht möglich, die gesetzlichen Präjudize einer Frist analog anzuwenden auf einen Termin.

Wir sollten also die ausdrückliche Bestimmung erwarten, daß zu diesem Termin unter dem Präjudiz der Präclusion mit den Beweismitteln zu laden sei, wie das nach dem Bagatellgesetz geschieht. Allein statt dessen finden wir ausdrücklich das gerade Gegentheil vom Gesetzgeber hingestellt. Der § 923 befiehlt dem Gericht, bei der Ladung die Parteien von ihrer Pflicht zur Beweisantretung zu „benachrichtigen"; es ist aber das ABC des Proceßrechts, daß eine notificatorische Ladung niemals ein Präjudiz haben kann.

Auch darin ist also der Entwurf hinter dem Bagatellgesetz zurückgeblieben, daß er kein gesetzliches Präjudiz für die Aufforderung zur Beweisantretung kennt.

Fehlt es nun an gesetzlichem Präjudiz, so, könnte man sagen, greift die Befugniß des Gerichts ein, seinen Weisungen

durch richterliche Präjudize Achtung zu verschaffen. Darüber schlägt der Entwurf vor in § 121:

> „In allen Fällen, in welchen das Gericht befugt ist, Gebote oder Verbote zu erlassen, kann es, soweit für dieselben nicht besondere Androhungen in der Proceßordnung enthalten sind, eine Geldstrafe bis zu einhundert Thalern androhen, bei deren Uneinbringlichkeit Gefängnißstrafe bis zu vier Wochen eintritt."

Die Motive sagen uns leider nicht den Grund, der einer so eminenten Ausdehnung der im sächsischen Verfahren auch jetzt freilich nicht spärlichen Geldstrafen das Wort redete. Fiscalische Interessen verfolgt man doch offenbar nicht im Civilverfahren und dem Bedürfniß der Achtung vor dem Gericht ließe sich regelmäßig eine billigere Nahrung geben, zumal da die Fiction einer Antwort oder die Präclusion eines Angriffes für die Parteien selbst völlig genügt und für den Ungehorsam Dritter ja eigne Bestimmungen getroffen sind. Allein jedenfalls wird man uns zugestehen, daß der Richter durch diese Befugniß ein wirksames Mittel hätte, dem von den Gesetzgeber übersehenen Präjudiz ein Surrogat zu geben, — wenn nur nicht im Wege stände, daß der Gesetzgeber ihn ausdrücklich anweist, die Parteien nur zu benachrichtigen. Dadurch wird der Richter, selbst wenn er unsere Abneigung gegen Geldstrafen im Civilproceß nicht theilt, von seiner Befugniß Gebrauch zu machen behindert.

Wie nun aber, wenn das Gericht in der Sache selbst zur Entscheidung schritte, ohne daß für die Beibringung der Beweise eine peremtorische Ladung ergangen ist? Bestände eine solche Entscheidung zu Recht oder nicht? Die Frage kann keinen Augenblick zweifelhaft sein; wir lassen den Entwurf selbst antworten. Der § 729 sagt:

> „Mit der Nichtigkeitsbeschwerde kann eine Partei das Erkenntniß anfechten wegen eines Mangels im Verfahren, wenn . . .

2) wider sie auf Grund einer nicht verbindlichen Ladung erkannt worden war."

Wir stehen also in einem höchst eigenthümlichen Dilemma: Nur der gute Wille der Parteien kann überall ein Verfahren schaffen, welches Aussichten auf Rechtsbestand hat; in des Richters Hand liegt es nicht, bei aller Vorsicht und bei der genauesten Beobachtung des Gesetzes die beregte Nichtigkeit zu vermeiden. Denn zur Rechtsbeständigkeit ist peremtorische Ladung zum Beweis unumgänglich nothwendig und doch ist es dem Richter nicht möglich, solche peremtorische Ladung zu erlassen. Wären also die Parteien auch gutwillig zur Verhandlung wirklich verschritten, so könnten sie trotzdem das Verfahren hinterher als nichtig angreifen, wenn sich nicht die Praxis bildete, daß die Parteien auf diese Nichtigkeitsbeschwerde regelmäßig verzichteten, was freilich einen interessanten Beitrag zur Justizkomik liefern würde.

Wir können dem Leser nicht verhehlen, daß wir in diesem Punkte wesentlich von der Absicht des Gesetzgebers abweichen. Allein diese hat, soweit wir sehen, keinen unmittelbaren Ausdruck gefunden; wir können das Streben, den Beweis auch hier an peremtorische Zeitbestimmungen zu binden, nur durch ein mittelbares Zeugniß hindurch erkennen. Der § 929 sagt nämlich:

„Wiederherstellung gegen Versäumung an einem Beweise oder Gegenbeweise und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat nicht Statt."

Hier geht der Gesetzgeber unverkennbar von dem Gedanken aus, daß eine Versäumung in der angegebenen Richtung überall rechtlich möglich sei; aber wir glauben vorhin das Gegentheil dargethan zu haben. Es ist nicht rechtlich möglich, im abgekürzten Verfahren zu einer Präclusion der Beweise zu gelangen. — Damit erledigen sich in gewissem Sinn die Bestimmungen des § 929 stillschweigend; allein für den Fall, daß man dem Gesetz noch ein Versäumungspräjudiz entsprechender Fassung einreihte, würde uns auch doch bedenklich

scheinen, auf ein solches die § 929 vorgeschlagenen Sätze anzuwenden.

Was zunächst den Ausschluß der Restitution anlangt, so wird man wohl, gleich uns, diesen Ausschluß für das ganze abgekürzte Verfahren verstehen und nicht blos für den Fall der Versäumung an einem Beweise oder Gegenbeweise. Das scheint durch die Wortstellung geboten zu sein. Auch dann aber ist der Ausschluß selbst ziemlich unbedeutend. Für den Fall völliger Contumaz nämlich haben die Parteien den Einspruch, dessen eine Form ja ohnehin nichts als eine restitutio ex causa ist. Hier ist also nirgends, mithin auch im abgekürzten Verfahren nicht, ordentlicher Raum für noch eine Restitution. Was aber die Contumaz hinsichtlich der Beweisung anbetrifft, so ist der Ausschluß der Restitution hier praktisch nicht von großer Bedeutung, denn nach § 710 gestattet die höhere Instanz die nachträgliche Beibringung der in inferiori nicht benutzten Beweise. Die Motive sagen denn auch zu § 929:

> „Auch kann nach § 710 das in erster Instanz nicht Vorgebrachte noch in zweiter Instanz nachgeholt werden, so daß sich ein Bedürfniß für Gestattung der Wiedereinsetzung nicht wohl annehmen läßt."

Man könnte geneigt sein, dem Gesetzgeber die Frage vorzulegen, weshalb denn nicht auch für das ordentliche Verfahren die Restitution beim Proceßgericht aufgegeben und die Partei auf die Möglichkeit nachträglicher Beibringung in der Rechtsmittelinstanz verwiesen sei. Statt diesen Punkt in gleicher Weise für das eine, wie für das andere Verfahren zu ordnen, statt dessen erschwert man auch hier wieder die Technik dadurch, daß man diese Zulassung unbenutzter Beweise in superiori für das ordentliche Verfahren wegen des Versäumungsurtheils nicht gestattet, und nur im abgekürzten Verfahren, wo kein Versäumungsurtheil über Beweis existirt, sie offen läßt. Zum Uebrigen rechtfertigt der Gesetzgeber die Verschiedenheit der Regulirung in den Motiven zu § 929 in folgender Weise:

> „In dem nothwendig raschen Verlaufe des abge-

kürzten Verfahrens kann nicht leicht die Möglichkeit zur Geltendmachung eines Antrages auf Wiedereinsetzung eintreten."

Hinsichtlich nun der Wiederherstellung, oder wie wir der mehreren Deutlichkeit halber lieber sagen: hinsichtlich des Einspruchs könnten wir ebenfalls nicht dem Vorschlage des Entwurfs beistimmen. Wir sind, wie des öfteren ausgeführt ist, gegen das ganze Institut von vornherein; allein wenn man es in dem einen Fall gestatten will, so sehen wir keinen stichhaltigen Grund, in dem andern es auszuschließen. Soll der ganz ausbleibende Theil das in contumacem gesprochene Urtheil anfechten dürfen, so ist es eine unerklärliche Beschränkung, den theilweise gehorsamen Theil schlechter zu stellen und ihm die Anfechtung zu benehmen. Die Motive thun auch nichts um diesen Satz zu rechtfertigen; sie beschränken sich darauf zu sagen:

„Wiederherstellung gegen Versäumung an einem Beweise oder an einem Gegenbeweise ist nicht nothwendig, weil dem Richter nach § 926 obliegt, die Parteien erforderlichen Falles zur Antretung der Beweise und Gegenbeweise zu veranlassen, auch dabei die Thatsachen zu bezeichnen, auf welche Beweis oder Gegenbeweis zu richten ist."

Diesem Versuch einer Begründung scheint der Gesetzgeber selbst einen reellen Werth nicht beizulegen, da er denselben Gedankengang sonst sicherlich auch auf das ordentliche Verfahren angewandt und uns auch dort von der Afterbildung des Einspruches befreit oder mindestens sich wie vorhin bemüht haben würde, uns die Räthlichkeit eines Unterschiedes zwischen dem ordentlichen und abgekürzten Verfahren zu veranschaulichen. — Alle Voraussetzungen, welche hier zum Ausschluß des Instituts führen sollen, haben unverkennbar in völlig derselben Weise beim ordentlichen Verfahren Statt.

Die so eben betrachteten Fragen der Versäumung beziehen sich nicht blos auf die Antretung, sie umfassen in gleicher Weise

die Ausführung des Beweises. Jedoch sind für diese besondere Gründe zu einer selbständigen Erörterung außerdem noch vorhanden.

Der Richter soll nach § 926 die Parteien leiten auch bei der Beweisführung, er ordnet daher die Vorlegung der Mittel und die Parteirolle an und es wird so weit möglich in demselben Termin zur Benutzung geschritten. Indeß aus guten Gründen hat man ein Gebot hier nicht aufgestellt und in praxi würde sich natürlich die Nothwendigkeit in mehreren Terminen zu verhandeln oder den Actenschluß wieder aufzuheben und zu anderweiter Instruction zu verschreiten, — diese Nothwendigkeit würde sich in noch höherem Grade als bisher herausstellen, da durch die Vergrößerung der Competenz und durch die Zulassung von überschreitenden Einreden mit der Wirkung selbständiger Verurtheilung auch ebenmäßig die Schwierigkeit der Stoffbeherrschung steigen wird. Das würde immerhin ein zu achtender Grund sein, um von der scharfen Centralisation abzuweichen, welche das Bagatellgesetz auch hinsichtlich der Beweisaufnahme durchgeführt hat und statt dessen vielleicht durch größere Beweglichkeit des richterlichen Ermessens dem concreten Bedürfniß Gerechtigkeit widerfahren zu lassen oder gar eine selbständige Beweisverfügung auch hier anzuordnen, wie es der deutsche Entwurf thut. Der sächsische Entwurf geht nun aber nicht diesen Weg, sondern er verfällt unsers Erachtens in das gerade Gegentheil.

Beibehalten ist vom Bagatellproceß die Bestimmung, daß die Partei zur Vorlegung ihrer Beweisurkunden eine neue Tagfahrt verlangen kann gegen Erstattung der dadurch hervorgerufenen Kosten. — Dieser Satz hat früher zu der Controverse Anlaß gegeben, ob der Inplorant schlechtweg die Kosten des neuen Termins zu tragen habe, oder nur wenn für diesen die gewünschte Production die einzige Veranlassung gebildet; eine Controverse, an welcher der klare Ausdruck des Bagatellgesetzes völlig schuldlos ist. Es fragt sich jetzt, ist für die Aufrechterhaltung dieses Satzes ein Grund vorhanden oder nicht?

Wir glauben, nein. Zwei Fälle sind zu scheiden; entweder war der Partei die durch jene Urkunde zu erweisende Thatsache vor der Verhandlung als in diesen Proceß einschlagende bekannt, dann ist schlechterdings kein Grund, ihr für die Vorlegung der in ihrem Besitz befindlichen Urkunde, wenn auch auf ihre Kosten, einen neuen Termin zu verstatten; man gebe ihr die Beibringung derselben gleich für den ersten Termin sub poena praeclusi auf, das entspricht jedem vernünftigen Bedürfniß beider Theile. Oder es ist zweitens die betreffende Thatsache erst durch die Verhandlung zur Kenntniß des Imploranten gekommen, dann ist es offenbar blanke Willkür, ihm die Kosten eines neuen Termins aufzubürden, welchen er ohne jede Verschuldung herbeiführt und schlechterdings nicht umgehen kann. Im bisherigen Bagatellproceß hat man das Ungerechte dieser Bestimmung nicht so lebhaft empfunden, weil die Zulassung von Vertheidigungsmaterial durch die compensatio quoad summam concurrentem und die vielleicht ganz hindernde Untheilbarkeit der Entscheidung in hohem Grade beschränkt ist; sobald man aber nach den Vorschlägen des Entwurfs diese Schranken beseitigt, wird sich eine völlig sinnlose Härte herausstellen. Nehmen wir also beispielsweise an, daß replicando die Zahlung einer exceptionsweise erhobenen Forderung behauptet und vom Kläger Termin zur Production der in seinem Besitz befindlichen Quittung gefordert wird, so wird doch kein Jurist der Meinung sein, daß man ohne die größte Willkür dafür dem Kläger die Kosten des neuen Termins ansinnen könnte.

Mit diesem aus dem Bagatellgesetz beibehaltenen Satz hat also der Entwurf grade die zwischen den beiden Möglichkeiten in der Mitte liegende Unmöglichkeit gewählt, während die gewöhnlichen Rechtssätze über Kostenerstattung vollständig zum Richtigen geführt haben würden.

Weit mißlicher aber als diese Bestimmung scheint uns der Umstand zu sein, daß im Weiteren nun durchaus gar keine Bestimmungen über die Beweisaufnahme getroffen sind, wenn wir davon absehen, daß die feierliche Ausführung der Beweisresultate

durch die Partei gestrichen ist. Allerdings ist es der durchblickende Wunsch des Gesetzgebers, daß diese Beweisaufnahme in möglichster Kürze und Schnelligkeit vor sich gehe, allein der Mangel an gesetzlichen Detailbestimmungen verweist uns auch hier wieder ins ordentliche Verfahren, und die Rechtssätze, welche dort über die Benutzung der Mittel aufgestellt sind, müssen demnach auch für das abgekürzte Verfahren zur Geltung kommen. Wir brauchen nicht im Einzelnen durchzuführen, wohin das führen muß; nur Einen Punkt greifen wir heraus, weil er mit einer andern Frage zusammenhängt, die wir zur Charakteristik des abgekürzten Verfahrens noch beleuchten müssen.

Das Bagatellgesetz gestattet, wie wir oben sagten, keine Appellation gegen das Verfahren. Gravamina in dieser Hinsicht sind bis zur Geltendmachung des Rechtsmittels gegen das Erkenntniß auszusetzen. Der Entwurf kennt nun ebenfalls nur Ein Erkenntniß; der § 925 sagt:

> „Die Sache ist ohne Unterbrechung durch ein Erkenntniß über proceßhindernde Einreden oder Nebenstreitigkeiten bis zum Enderkenntnisse zu verhandeln."

Gegen dieses Erkenntniß sind dann die gewöhnlichen Rechtsmittel gestattet mit unbedeutender Abweichung im Verfahren. Allein nach § 515 steht gegen richterliche Beschlüsse, welche nicht Erkenntnisse sind, Vorstellung und Beschwerde zu, und in den gesetzlichen Fällen hat diese Beschwerde aufschiebende Wirkung, sofern sie binnen 3 Tagen nach Eröffnung des Beschlusses eingebracht wird. Diese Sätze stehen allgemein voran, sie gelten auch für das abgekürzte Verfahren, für welche sie nicht etwa außer Kraft gesetzt sind. Da nun die Sätze des ordentlichen Verfahrens ebenfalls für das abgekürzte gelten, „soweit sie auf dasselbe anwendbar sind und nicht etwas Anderes bestimmt ist", so ist also auch die Beschwerde mit aufschiebender Wirkung entsprechendenfalls im abgekürzten Verfahren zulässig. Wohin das führt, das liegt klar vor, sobald wir nur hervorheben, daß beispielsweise die aufschiebende Beschwerde zusteht nach § 631 gegen gerichtlichen Beschluß über Excusationsgründe des Zeugen, nach

§ 633 gegen den Beschluß über Verweigerung des Zeugnisses, nach § 643 gegen den Beschluß über Recusation des Sachverständigen, nach § 645 gegen den Beschluß: ob diesem Sachverständigen eine Instruction zu ertheilen sei, u. s. w. u. s. w.; des Eides und der Gewissensvertretung noch gar nicht einmal zu gedenken.

Es liegt zu Tage, daß es sehr cum grano salis zu nehmen ist, wenn der Gesetzgeber versichert, die Grundzüge des Bagatellgesetzes beibehalten zu haben, soweit sie sich erprobt hätten. Wir glauben kaum, daß die sächsischen Juristen für ein solches Verfahren ihre Arbeitskraft opfern mögen. Der Entwurf entspricht hier den billigsten Ansprüchen nicht und bietet statt eines Gesetzes über abgekürztes Verfahren nur ein abgekürztes Gesetz über das Verfahren dar.

Hiemit beendigen wir unsere Vergleichung. Vielleicht vervollständigen wir sie später, wenn erst der deutsche Entwurf abgeschlossen vor uns liegt. Den Zweck aber, welcher uns zum Schreiben bewog, den glauben wir erreicht zu haben. Wenn wir auch zugestehen, daß der ersten Prüfung so umfassenden Materials hie und da ein Irrthum untergelaufen sein mag, so würde sich selbst dieser wahrscheinlich ausgleichen dadurch, daß eine wieder und wieder vorgenommene Prüfung, namentlich aber die praktische Anwendung andere, von uns jetzt übersehene Mängel des sächsischen Entwurfs bloslegen würde. Man wird kaum die Nothwendigkeit in Abrede stellen können, den sächsischen Entwurf einer überaus gründlichen Revision zu unterziehen, wenn derselbe den Ansprüchen Genüge leisten soll, welche man an ein Gesetz unserer Zeit zu stellen berechtigt und verpflichtet ist. Selbst eine solche Revision aber würde voraussichtlich noch nichts so entschieden besseres gewähren, daß wir dieselbe als eine unverzüglich anzugreifende Arbeit ansehen möchten jetzt, wo die deutsche Commission dem Abschluß ihrer Aufgabe nahe steht und

noch dazu die Aussichten auf eine Vereinigung mit Preußen gestiegen sind. Daß wir nicht in blindem Vorurtheil für den deutschen Entwurf und gegen den sächsischen befangen sind, das, glauben wir, wird man uns zugestehen; aber das läugnen wir ebensowenig und darin rechnen wir auf die Zustimmung jedes Deutschen: daß wir ein minder gutes Gesetz mit großem Territorium vorziehen einem besseren mit kleinem Gebiete, weil wir auch hier die Förderung der nationalen Entwicklung für die erste Aufgabe ansehen.

Ehe wir schließen, müssen wir noch einen Irrthum berichtigen. Es ist durch ein Versehen des betreffenden Bureaus uns die schließliche Redaktion des sächsischen Entwurfes nicht zugestellt worden, wie das von competenter Stelle angeordnet war. Daher sind in dem ersten Hefte die sämmtlichen Paragraphenzahlen falsch; eine stoffliche Aenderung ist jedoch dadurch nicht herbeigeführt und von Seite 79 an sind die Citate nach der Regierungsvorlage bei den Ständen gemacht worden.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Inhaltsübersicht.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Nissen, Adolph

Der Entwurf einer deutschen Civilproceßordnung in Vergleichung mit dem sä chsischen

Leipzig 1864

J.pract. 191 fg
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554471-0